

Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho

SUMARIO: I. EL RESULTADO. 1. El Estado de Derecho clásico y las modificadas condiciones constitucionales reales y normativas. 2. La reducida fuerza de regulación o dirección de las leyes. 3. La complementación de la ley por la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. II. REALIDAD CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL. 1. La relevancia jurídico-dogmática del análisis real. 2. Fundamentos normativos de una teoría policéntrica del Estado. III. CLASIFICACION JURIDICO-FUNCIONAL DE LA PRODUCCION DEL DERECHO. 1. Producción (libre) del Derecho. 2. Desarrollo del Derecho como protección jurídica dirigida por la ley.

Las sociedades industriales, en tanto que comunidades altamente complejas, sólo son susceptibles de regulación mediante el juego combinado de una multiplicidad de centros de decisión, de modo comparable al modelo cibernético de conjuntos de reglas. A este respecto es relevante, junto con la descentralización en *Länder* e instancias administrativas de autogobierno, una «división del trabajo» en sentido horizontal. Conforme a ello, la división de poderes tiene no sólo la función «negativa» de la limitación y el equilibrio del poder, sino también la «positiva» de resolver, a través de una organización y unos procedimientos especiales, el cumplimiento óptimo de cometidos materia-

Artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO.

* Nota: El autor es profesor ordinario de Derecho público y Ciencia de la Administración en la Universidad de Konstanz y Juez en el Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg. Este trabajo tiene su base en una conferencia que pronunció el 28 de febrero de 1986 en el Simposio Internacional sobre «Límites del Derecho» en el Centro para la Investigación Interdisciplinar de Bielefeld.

les. La Administración y el Juez participan, mediante una producción jurídica de complementación de la ley, en la necesaria integración estatal. La contribución a la dirección global admisible en cada caso debe determinarse sobre la base de un análisis funcional-jurídico. Como consecuencia de la función política directiva del Parlamento, la amplitud de la legítima producción jurídica del segundo y del tercero de los poderes viene determinada, en primer término, por cada ley en concreto. A este respecto cabe diferenciar, tipológicamente, entre mandato legal, encomienda legal, apoderamiento legal de actuación y determinación legal de límites. En el marco así dado, a la Administración corresponde, en la concreción de la ley, una cierta primacía sobre el Juez.

I. EL RESULTADO

1. *El Estado de Derecho clásico y las modificadas condiciones constitucionales reales y normativas*

Mientras el Estado se limitó, en el contexto de circunstancias sociales relativamente estables, a la defensa frente a los peligros en el sentido del liberalismo político-estatal tradicional, resultó posible realizar, con cierta facilidad, el postulado del Estado de Derecho consistente en «el imperio de la ley»¹. El legislador podía establecer los proyectos de ordenación y las regulaciones de los comportamientos con gran precisión y estabilidad. Congruentemente con ello, la doctrina del Derecho del Estado tradicional entendía la ley como regulación general, establecida con vocación de permanencia. Según esta concepción, la ley no sólo contiene un mandato general abstracto en el sentido de dirigido a un número indeterminado de personas para un número indeterminado de supuestos, sino que también establece materialmente una ordenación válida con carácter general y se ofrece así como *constitutio*, como ley de ordenación, y no como *actio*, como «ley medida»². En el «Estado social» de la actualidad, exigido y legitimado por la Constitución, el Estado ha asumido también la responsabilidad de las condiciones socioeconómicas de la sociedad. Con ello, no sólo se ha incrementado considerablemente la demanda de regulación, sino que la propia materia de la regulación se ha tornado bastante más complicada. A ello se añade el rápido cambio técnico y social y el incremento

¹ Cfr., por ejemplo, C. SCHMITT: *Verfassungslehre*, 1928, 3.ª ed. no modificada, 1957, pp. 138 y ss.

² Representativo es H. HUBER: «Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats», en *Festschrift für Z. Giacometti*, 1953, pp. 59 y ss. (esencialmente pp. 79 y ss.); E. FORSTHOFF: «Über Massnahme-Gesetze», en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 221 y ss.; más específicamente K. ZEIDLER: *Massnahmengesetz und «klassisches Gesetz», eine Kritik*, 1961; K. HUBER: *Massnahmengesetz und Rechtsgesetz*, 1963; siempre con ulteriores referencias.

de la diferenciación e inabarcabilidad de las circunstancias sociales, que han aumentado considerablemente las dificultades precisamente para una legislación de configuración social. Estos y otros factores hacen imposible a menudo una regulación unívoca y con vocación de permanencia, producida desde una instancia central.

2. *La reducida fuerza de regulación o dirección de las leyes*

a) La modificación de las condiciones marco es especialmente visible en las planificaciones vinculantes del Estado. Pues éstas, en gran medida, no se dejan preprogramar mediante leyes de manera precisa y condicionada. La elaboración de planes exige la composición de los más diversos intereses y necesidades, que sólo se manifiestan, en su heterogeneidad e imbricación, en la situación concreta. En esa misma medida, el planificador se encuentra en una compleja situación de decisión que no puede ser anticipada y regulada en determinaciones generales. De ahí que el legislador, en las leyes de planificación, no pueda pasar, por regla general, de la fijación vaga de objetivos. Esto ha sido expuesto ya en numerosas ocasiones en relación con la función estatal de configuración y la estructura normativa de programas finalistas y hoy prácticamente no se discute. En el caso de programas finalistas, la determinación a través de la ley es relativamente pequeña; los conflictos sólo surgen aquí en el nivel de la planificación, es decir, en la «ejecución» de las leyes de planificación, y deben ser resueltos en este escalón «concretizador» mediante la composición de los diversos intereses³.

b) En numerosas ocasiones tampoco los programas de tipo condicional en el ámbito de la función tradicional de ordenación del Estado son susceptibles ya hoy de una formulación precisa. El rápido cambio científico, técnico y social demanda continuamente adaptaciones que no pueden ser dominadas por el legislador. De ahí que el legislador recurra crecientemente, precisamente en estos ámbitos, al medio representado por los «conceptos jurídicos indeterminados» y de las «cláusulas generales», que evitan determinaciones rígidas y se revelan de esta forma más flexibles. Ejemplos son los vagos requisitos de autorización en el Derecho del medio ambiente o en el Derecho técnico de la seguridad, así como también la previsión de que no deben producirse «molestias o perjuicios considerables» o de que deben adoptarse medidas preventivas que respondan al «estado de la técni-

³ Sobre la función estatal de configuración y sus consecuencias jurídico-dogmáticas, véase W. BROHM: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), pp. 245 y ss. (especialmente pp. 258 y ss.).

ca» o más estrictamente al «estado de la ciencia y la técnica»⁴. En tales supuestos la decisión sobre los valores límite de las inmisiones admisibles se toma por las correspondientes disposiciones administrativas, como por ejemplo la TA «Aire», o reglamentaciones equivalentes de asociaciones privadas de expertos, como, por ejemplo, las VDI-Directrices de la Asociación de los Ingenieros Alemanes o las DIN-Disposiciones de la Comisión Alemana de Normas⁵. Desde un punto de vista teórico, con tales regulaciones legales el legislador experimenta una considerable pérdida de fuerza determinadora, pero en la práctica tal tipo de regulaciones constituyen la única posibilidad de que conserve en su mano cuando menos una cierta capacidad de dirección. Por lo menos es idónea para marcar el sentido de la evolución⁶.

Por supuesto que no siempre las regulaciones indeterminadas responden a la necesidad de reaccionar de forma flexible al cambio rápido. A menudo son también el resultado de un acuerdo insuficiente en el procedimiento legislativo, estando condicionadas políticamente. Por parte de la ciencia jurídica procede más bien colocar a actos legislativos de este tipo una sonda crítica, si bien estas circunstancias son también muchas veces irremediables en razón de los factores políticos reales. Comoquiera que sea, tales fórmulas de compromiso ejercen un cierto efecto de integración, en la medida en que retrasan la resolución de los conflictos de intereses y autorizan provisionalmente una ponderación de intereses atendida al caso concreto. En todo caso, estas cuestiones no precisan aquí de mayor clarificación. En nuestro contexto es relevante la comprobación de que, en muchos casos, la programación por parte del legislador debe ser imprecisa y, con ello, débil, si es que, dada la rápida variabilidad de los datos ambientales, se quiere conseguir al menos una cierta regulación.

c) Además, las tareas del Estado social y las exigencias del Estado de Derecho según el principio de la reserva de ley han conducido, en una sociedad altamente diferenciada e interdependiente en virtud de la especialización, a un hiperactivismo en la legislación. Este último resulta incluso intensificado por determinados momentos democrático-políticos. «El Estado» se preocupa permanentemente por la estabilidad de la economía y la sociedad y se ve precisado, por tanto, al dictado de medidas de estabilización bajo la forma de «leyes medidas» promulgadas *ad hoc*. Hoy no es posible ya tener una visión general de éstas y menos aún pronosticar exactamente sus efectos y coordinarlas

⁴ Cfr., por ejemplo, el parágrafo 5 *BImSchG*.

⁵ Críticamente al respecto, H. J. PAPIER: *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, 1979, pp. 25 y ss.

⁶ Sobre ello, recientemente, también W. BRAUN: «Offene Kompetenznorm — ein geeignetes und zulässiges Regulativ im Wirtschaftsverwaltungsrecht», *VerwArch*, 76 (1985), pp. 25 y ss. (30 y ss.) y 158 y ss.

recíprocamente. Su contradicción a menudo sólo se manifiesta en el estado de la ejecución y demanda una «solución armonizadora» en el caso concreto y para casos futuros análogos, que puede ser calificada como «integración de la ley»⁷.

3. *La complementación de la ley por la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

La concreción en planes de los programas finalistas, la integración de determinaciones legales vagas y de cláusulas legales generales, así como la integración de la ley en el sentido de una armonización de disposiciones legales, se escapan de la concepción tradicional de la ejecución de la ley. Aun cuando se reconoce que no siempre se produce en forma de una conclusión puramente lógica por subsunción, por contener también elementos volitivos⁸, como regla general está determinada por la ley de forma tal que el resultado continúa siendo, en lo esencial, previsible y predecible sobre la base de la ley⁹. En las expresadas formas de regulación, por contra, no es posible ya el cumplimiento de esta exigencia. La determinación legal es demasiado escasa. Así, por ejemplo, sobre las determinaciones espaciales decide en último término el plan regional y no la legislación del *Land* sobre la planificación; el uso concreto del suelo es asignado por el plan de construcción y no por la ley federal de la construcción; los valores límites para inmisiones son precisados en la práctica por la TA «Aire» y la TA «Ruido» y no por la ley federal sobre protección frente a inmisiones, y la «interpretación armonizadora» de leyes medida contradictorias establece nuevas relaciones y prioridades en virtud de fallos judiciales y no de decisiones del legislador. En esa misma medida, a la Administración y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa les corresponde, en cuanto órganos ejecutores de la ley, una función de complementación de la ley, de producción de Derecho.

Esta función de complementación y, con ello, de producción de Derecho es velada frecuentemente por construcciones dogmáticas nuevas, con las que se pretende encuadrar estos fenómenos en la sistemática tradicional. La inidoneidad de la clasificación dogmática salta menos a la vista en el caso de los planes vinculantes, pues éstos mismos suelen ser formulados, en parte, en forma de disposiciones jurídicas. Otros, como por ejemplo los planes regionales en numerosos *Länder*,

⁷ Sobre ello más precisamente W. BROHM: «Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *NJW*, 1984, pp. 8 y ss.

⁸ Cfr. K. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 271 y ss.

⁹ Así reza, según es sabido, la fórmula jurídica del principio de determinación perteneciente a la reserva de ley; cfr. *BVerfGE*, 8, 274 (325); 56, 1 (12).

adquieren eficacia vinculante sobre la base de remisiones genéricas, como la del párrafo 1, apartado 4, de la ley federal de la construcción. Muchos ven entonces en ello una base legal suficiente¹⁰, lo que, sin embargo, no es apenas sostenible¹¹.

Más clara es la discrepancia entre construcción dogmática y realidad jurídica efectiva en el caso de las regulaciones técnicas. Así, la jurisprudencia superior ha cualificado recientemente como «informes de peritos anticipados»¹² disposiciones administrativas, como por ejemplo la TA «Aire», y normas técnicas de seguridad de asociaciones de expertos, como por ejemplo las VDI-Directrices de la Asociación de Ingenieros Alemanes. Con ello, son fácticamente vinculantes para los órganos de la Administración y los Tribunales Contencioso-Administrativos y, además y a través de los mismos, para los ciudadanos. No cabe justificar apartamientos de ellas, ni siquiera sobre la base de otros concretos informes periciales, porque en ellos se expresa por igual la «fuerza reunida» de una pluralidad de destacados expertos¹³. Con esta cualificación se crea la impresión de que estas «normas técnicas», en lo esencial, sólo expresan conocimientos técnico-científicos. Y, sin embargo, en la cuestión acerca de cuáles valores de inmisión pueden, según qué territorios, considerarse aún tolerables o cuáles exigencias de seguridad deben establecerse para instalaciones peligrosas concretas, están involucradas también valoraciones políticas con consecuencias económicas y sociales trascendentes¹⁴. En la medida en que los órganos de la Administración fundamentan el examen de la concurrencia de los presupuestos de la autorización en estas comprobaciones generales y los Tribunales determinan en función de ellas su control, las aludidas normas resultan vinculantes como si se tratara de regulaciones promulgadas bajo la forma de normas jurídicas. Desde el punto de vista de los efectos se está, pues, ante una normación que complementa la ley. La dogmática jurídica debe preguntarse si capta adecuadamente esta realidad constitucional con su clasificación de la misma como «informes de peritos anticipados».

Recientemente, el Tribunal Federal Administrativo, sin duda a la vista de esta problemática y en una decisión¹⁵ recaída en un proceso

¹⁰ W. ERBGUTH: *Raumordnungs- und Landesplanungsgesetz*, 1983, véanse pp. 137 y ss., 144 y ss.

¹¹ Sobre ello, más precisamente, W. BROHM: «Rechtliche Möglichkeiten zur Rohstoffsicherung», *NfW*, 1980, pp. 857 y ss. (861 y ss.).

¹² *BVerwGE*, 55, 250 (256 y ss.) en relación con la TA «Ruido»; respecto de las VDI-Directrices, véase *VGH* de Baden-Württemberg, Sentencia de 27 de octubre de 1979 — 8 S. 2289/77—, así como *OVG* de Lüneburg, *ZfBR*, 1979, p. 175.

¹³ *BVerwGE*, 55, 250 (256); cfr. también D. CZAJKA: «Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richterlicher Sachaufklärung», *DÖV*, 1982, pp. 99 y ss. (105 y ss.).

¹⁴ H. J. PAPIER (nota 5), p. 28.

¹⁵ *BVerwGE*, 72, 300 (320).

contra la primera autorización parcial otorgada para la construcción de la central nuclear en Wyhl, califica las bases generales de cálculo, dictadas al amparo del parágrafo 45 StrlSchVO ya no como «informe de peritos anticipado», sino como «disposición administrativa que concreta una norma». Esta, al contrario que las disposiciones administrativas meramente interpretativas, se entiende vinculante para los Tribunales dentro de los límites fijados por la norma. A la vista de las características del supuesto, no se decide sobre el alcance de esta vinculación en el caso concreto, tanto más cuanto que las aludidas directrices otorgaban margen suficiente para la consideración de las particularidades de dicho caso. Los Tribunales sólo podrían examinar estas bases generales de cálculo en punto a su fundamentación en investigaciones no arbitrarias y la conducción de su aplicación a apreciaciones suficientemente conservadoras. No es claro si con tal decisión ha querido apartarse con carácter general de su jurisprudencia anterior o sólo establecer para el caso concreto una distinta calificación. La nueva calificación priva a determinaciones de esta clase de la apariencia de una fijación de conocimientos puramente técnico-científicos. También cabría, bajo determinadas circunstancias, tomar su vinculación en sentido menos estricto; en justificados supuestos excepcionales es también posible teóricamente apartarse de disposiciones administrativas y directrices sin necesidad de un apoderamiento especial, aun cuando esto no suceda generalmente en la praxis y el Tribunal no haya tampoco querido comprometerse aún en este sentido. Con esta nueva calificación no va a conectarse, sin embargo, un cambio esencial. Tras ella, los efectos jurídicos siguen siendo más o menos los ya mencionados. La problemática jurídico-dogmática es desplazada simplemente a otro nivel, sin aproximarla, sin embargo, a una solución. Esto vale cuando menos hasta que la jurisprudencia no reconozca el carácter de norma jurídica de las disposiciones administrativas ¹⁶, es decir, mientras se niegue a reconocer que aquí se trata de una legítima normación jurídica de complementación de la ley por la Administración.

Lo mismo sucede en la integración de regulaciones contradictorias ¹⁷. Aquí se busca frecuentemente una armonización mediante el vehículo de la interpretación, algunas veces con forzamiento casi violento o el cambio de sentido de las palabras. Punto de partida dogmático es la premisa de que el orden jurídico constituye una unidad llena de sentido. A su tenor, la interpretación debe preguntarse no por la vo-

¹⁶ En concreto véase W. BROHM: «Verwaltungsvorschriften als administrative Rechtsquellen —ein ungelöstes Problem des Innenrechts», en el mismo (editor), *Drittes deutsch-polnisches Verwaltungssymposion*, 1983, pp. 11 y ss., especialmente 19 y ss., 34 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁷ A este respecto más concretamente W. BROHM: *NJW*, 1984, pp. 8 y ss. (10 y ss.).

luntad subjetiva, sino por la «voluntad objetivada» del legislador ¹⁸. Por tal se entiende en último término lo que, según el Tribunal decisor, «estaba permitido querer» al legislador a la vista de las restantes regulaciones del orden jurídico total. En esta medida tiene lugar, en la práctica y desde el contexto del orden jurídico en su conjunto, una corrección de la ley. Su cualificación dogmática como «ejecución de la ley» o, incluso, «aplicación de la ley» se ofrece también como cuestionable.

II. REALIDAD CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *La relevancia jurídico-dogmática del análisis real*

El resultado así mostrado a partir de la praxis constitucional y de las condiciones constitucionales fácticas tiene relevancia y no sólo sociológica. Una dogmática jurídica que pasa de lado junto a la realidad jurídica no está en situación de hacer eficaces las garantías constitucionales, como, por ejemplo, las exigencias del Estado de Derecho y del Estado democrático. En la más reciente doctrina metodológica se reconoce que un texto legal recibe su sentido sistemático sólo a partir de las circunstancias fácticas, del mismo modo que, a la inversa, éstas resultan determinadas, en su relevancia jurídica, por la norma legal ¹⁹. Esta relación entre «programa de la norma» y «estructura de la materia» vale también para la dogmática jurídica tradicional con sus formas y tipos para cuestiones materiales y valorativas fundamentales concretas, pues la dogmática jurídica, con sus principios y categorizaciones como «concretizaciones generales», está igualmente entre ley y concreción en el caso específico, constituye por tanto un escalón previo de la aplicación de la ley en la decisión del caso concreto. Carece de importancia que al proceder así derive sus valoraciones del sistema jurídico en su conjunto, en una forma que trascienda, en su caso, de la disposición específica. Si en las correspondientes nuevas situaciones de conflicto debe proporcionarse al Derecho, conforme a su propio sentido, su eficacia, se hace preciso modificar la dogmática en función del cambio de las circunstancias sociales ²⁰. Del mismo modo ha de adecuarse a la realidad y las condiciones efectivas de eficacia una doctrina

¹⁸ A este respecto K. LARENZ (nota 8), pp. 301 y ss., 318 y ss. De la jurisprudencia véase, por ejemplo, BVerfGE, 1, 229 (312); 11, 126 (190); 33, 265 (294).

¹⁹ F. MÜLLER: *Normstruktur und Normativität*, 1966; el mismo: *Juristische Methodik*, 2.ª ed., 1976, pp. 104 y ss.; J. ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des privatrechts*, 1956; M. KRIELE: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967.

²⁰ Sobre ello en su totalidad, véase W. BROHM (nota 3), pp. 245 y ss. (249 y ss.).

de las funciones estatales que tiene a la vista, antes los supuestos de hecho legales concretos que supuestos normativos amplios, menos el microámbito de la aplicación concreta de la ley que el macroámbito de la producción de resultados por organizaciones y sus condiciones funcionales²¹. De todas formas, la adecuación no debe ir tan lejos que la normatividad del Derecho ceda ante la facticidad de la evolución social, porque entonces el Derecho perdería su función de regulación. Por eso mismo, los pronunciamientos y desarrollos constitucionales deben encontrar su límite allí donde la literalidad y el contenido significativo de la Constitución y de la ley legitimada democráticamente se opongan a ellos.

2. Fundamentos normativos de una teoría policéntrica del Estado

La fuerza reguladora relativamente débil, en comparación con la norma jurídica clásica, de los programas finalistas, las cláusulas generales y las contradictorias regulaciones del tipo «medidas», sólo en parte es imputable a negligencias del legislador, como, por ejemplo, ausencia de la correspondiente voluntad de decisión, insuficiente capacidad de decisión o hiperactivismo injustificado. En estos casos están plenamente justificadas la crítica al legislador y la exigencia de una clara determinación legislativa²². Sin embargo, en muchas ocasiones estas formas de regulación derivan de necesidades resultantes de la misma naturaleza de las cosas, como las que antes han quedado descritas en relación con las tareas de configuración social del Estado actual, la complejidad de las circunstancias en una sociedad industrial altamente diferenciada y la rápida evolución y variabilidad de los datos ambientales. La doctrina del Derecho del Estado no puede cerrar los ojos ante tales supuestos; antes bien, se hace preciso repensar nuevamente las exigencias normativas y alcanzar su eficacia bajo las modificadas circunstancias. Al efecto, preciso es tener en cuenta que se han alterado no sólo las circunstancias sociales, sino también las tareas requeridas jurídico-constitucionalmente de la legislación, la Administración y la Jurisdicción.

²¹ Así también, por ejemplo, E. SCHMIDT-ASSMANN: *Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Festschrift Menger*, 1985, pp. 107 y ss., que contesta, asimismo, a las objeciones a un pensamiento jurídico de orientación funcional formuladas por H. LECHER: «"Funktion" als Rechtsbegriff?», *NJW*, 1979, p. 2273. En contra de este último, W. KLAUSER: «Funktionale Rechtstheorie -eine Gefahr für unsere Rechtsordnung?», *NJW*, 1980, p. 753.

²² Así, por ejemplo, H.-J. PAPIER (nota 5), pp. 21 y ss.; el mismo: «Zur Verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte», *DÖV*, 1986, pp. 621 y ss. (622); F. OSSENBÜHL: «Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung», *DÖV*, 1980, pp. 545 y ss. (551); de forma más prudente, pero coincidiendo en el resultado, E. SCHMIDT-ASSMANN (nota 21), p. 121.

La configuración social, tal como es exigida y legitimada por el principio de Estado social, es ajena al tradicional sistema de Estado de Derecho. La imposibilidad en este terreno del cumplimiento de los clásicos requerimientos de determinación de la ley no puede justificarse con un «abandono» de la fuerza de configuración del legislador parlamentario, tal como frecuentemente se dice en la reproducción de esta posición por parte de los críticos. Más bien sucede que los clásicos principios del Estado de Derecho no son susceptibles de traslación, sin limitaciones, a la función configuradora del Estado. De otro lado, las exigencias tradicionales del Estado de Derecho se han desarrollado sobre la base de las condiciones constitucionales de la Monarquía constitucional, que hoy ya han prácticamente desaparecido. En la entidad estatal democrática de la Ley fundamental, la legitimación democrática es atribuible no sólo al legislador, en cuanto «representación del pueblo», sino también a la Administración y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en tanto que institución y función. Sólo recientemente ha sido esto destacado acertadamente por el Tribunal Federal Constitucional²³. De ahí que la relación entre sí de los «tres poderes» deba ser determinada de nuevo bajo las condiciones de un Estado constituido democráticamente.

La doctrina tradicional parte de una teoría centralista del Estado. Sólo conoce una concepción estatal-unitaria de la democracia, sólo formas de producción del Derecho y fuentes de legitimación unitarias²⁴. Las formulaciones del monopolio de producción del Derecho por el legislador, la reserva de ley y el principio de determinación están en este contexto. Pero las comunidades altamente complejas, como es el caso de la sociedad industrializada, sólo son regulables —de modo análogo al modelo cibernético de los conjuntos de reglas— mediante el juego de una pluralidad de centros de decisión. De un lado, esto exige, por de pronto y en sentido vertical, formas de descentralización como las que se dan en gran medida en la República Federal en la distribución del poder entre la Federación, los *Länder*, los Municipios y otras instancias de administración bajo la propia responsabilidad²⁵. Sobre ello, también es precisa una «división del trabajo» en sentido horizontal. En esta medida, la tradicional división de poderes debe garantizar no sólo la, para el ejercicio del poder, negativa función de, al

²³ BVerfGE, 49, 89 (125).

²⁴ Sobre ello más precisamente W. BROHM (nota 3), pp. 245 y ss. (293 y ss.); el mismo: NJW, 1984, pp. 8 y ss. (12); G. ROELLECKE: «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung?», NJW, 1978, pp. 1776 y ss. (1781). De manera similar, en relación con la jurisdicción constitucional, J. EISEN: *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 192 y ss., 218 y ss. y *passim*.

²⁵ En otros países se busca una descentralización en sentido vertical, así, por ejemplo, en Francia, sobre ello, M. FROMONT: «Die französischen Dezentralisierungsgesetze», DÖV, 1983, pp. 397 y ss.; el mismo: «Die französische Kommunalverfassung», DVBl, 1985, pp. 421 y ss.

propio tiempo, limitación y equilibrio de dicho poder, sino también la positiva de óptimo cumplimiento de determinados cometidos mediante una organización y un procedimiento específicos. De ello resultan las prescripciones, desde luego contradictorias, de división y complementariedad, destacadas en la doctrina del Derecho del Estado actual ²⁶.

Conforme a ello, los poderes estatales no están, bajo la Constitución, completamente «separados», sino simplemente «articulados» e imbricados de forma múltiple y conectados entre sí a efectos de una actuación conjunta. En este juego combinado de los tres poderes, cada uno de ellos debe respetar la tarea de los demás, sintonizar con este principio su propia contribución y garantizar el éxito previsto. De ello ha deducido K. HESSE incluso la obligación de cada uno de los poderes de «actuar, complementando y apoyando, allí donde otro órgano no está dispuesto o no está en condiciones de cumplir totalmente su cometido, en la medida en que el mismo pueda operar gracias a su distinta estructura» ²⁷. Esta tesis va quizá demasiado lejos, pues en último término se presupone en ella la facultad de asumir competencias de otros en una situación especial que, por demás, sólo se precisa de manera vaga. Pero el respeto absoluto del orden de competencias pertenece precisamente a las reglas fundamentales del Derecho de organización, de las que sólo cabe apartarse sobre la base de una determinación jurídico-positiva expresa. Dificilmente cabe justificar apartamientos de dicho orden con consideraciones de tipo general. Estas reflexiones ilustran certeramente en todo caso sobre el hecho de que la diferenciación de los poderes estatales y de sus funciones no descansa en una «diversidad de naturaleza», sino en distintas configuraciones estructurales, es decir, organizativas y procedimentales. Puesto que en el Estado de Derecho el Derecho representa el principal instrumento de regulación, resulta preciso, a la vista de la expuesta limitada capacidad regulativa del legislador, apelar a la regulación complementaria por parte de la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sólo del juego interactivo de los distintos poderes del Estado resulta la capacidad regulativa de la entidad política en su conjunto con la necesaria capacidad de acción y reacción. De esta suer-

²⁶ Sobre ello K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14.ª ed., 1984, número marginal 475 y ss.; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., 1984, parágrafo 20, apdo. 4, párrafo 3; E. SCHMIDT-ASSMANN (nota 21), p. 111.

²⁷ K. HESSE: «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Festschrift für H. Huber*, 1981, pp. 261 y ss. (265 y ss.). Con independencia de esta conclusión, que parece desde luego ir demasiado lejos, el punto de partida jurídico-funcional en ella apuntado merece ser desarrollado. Por lo que hace a la determinación de la densidad del control judicial contencioso-administrativo, véase ahora también *BVerwGE*, 72, 300 (317); sobre ello D. SELNER: «Gesuftes Genehmigungsverfahren, Schadensvorsorge, verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte», *NVwZ*, 1986, p. 616 (618 y ss.).

te, la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pasan a tener participación legítima en el desarrollo del Derecho y, con ello, en la integración del Estado. Pero de las diferencias estructurales de las tres funciones estatales debe deducirse qué regulación jurídica debe atribuirse a uno u otro de los restantes poderes.

III. CLASIFICACION JURIDICO-FUNCIONAL DE LA PRODUCCION DEL DERECHO

1. *Producción (libre) del Derecho*

A la ya mencionada legitimación institucional y democrático-funcional de los tres poderes estatales constitucionalmente garantizados, que recientemente ha sido destacada por el Tribunal Federal Constitucional, se añaden, además, fuentes específicas de legitimación y peculiaridades que resultan para cada función estatal de su especial organización y su procedimiento para la toma de decisiones.

El Parlamento, en cuanto órgano principal de la legislación, está organizativamente legitimado directamente mediante la elección popular de sus miembros. Determina que las principales direcciones de los intereses existentes en cada momento en el pueblo tengan la posibilidad de expresarse en este órgano. Estas agrupaciones no están predeterminadas, más bien son variables en sintonía con el cambio en la sociedad. Las minorías pueden convertirse en mayorías y a la inversa. El procedimiento de decisión del Parlamento, tal como está reglamentado, especialmente para el dictado de leyes, está dispuesto justamente para fomentar la articulación de los intereses, la armonización y la consecución de consenso. Por ello mismo, al Parlamento corresponde la función directiva de la regulación jurídica. Es aquí donde las decisiones políticas esenciales deben adoptarse y fundirse en la forma regulativa de ley. Sobre esta cualificación jurídico-funcional reposa también la teoría de la esencialidad desarrollada recientemente por el Tribunal Federal Constitucional, según la cual las cuestiones políticamente importantes deben ser decididas por una Ley del Parlamento que constituya la base de la actuación de la Administración y el control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esta medida, el poder de producción del Derecho «originario», sólo limitado por la Constitución y, por ello (relativamente) libre, radica en el legislador parlamentario.

2. *Desarrollo del Derecho como producción jurídica dirigida por la ley*

Los otros dos poderes, la Administración al igual que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no disponen de una legitimación democrática directa y modificable en su «representatividad de intereses»,

de valor parangonable a la del legislativo. Por lo mismo, sus procedimientos no están dirigidos a la clarificación, en lo importante y fundamental, de los intereses. Por esta razón, deben ordenarse en función de y subordinarse a la función política y jurídica directiva del Parlamento. Si se considera, además, la con ello relacionada «teoría de la esencialidad» referente a la reserva de ley, de la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa únicamente cabe predicar una producción del Derecho dirigida por la ley, es decir, un «desarrollo del Derecho».

a) A este respecto y a diferencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración dispone de una legitimación democrática personal mediata. Las Administraciones estatales están conectadas con la representación popular a través del Ministro en cuanto miembro del Gobierno, mediante la facultad de dirección de las instancias supraordenadas y la responsabilidad parlamentaria de dicho Gobierno. En esta misma medida, a la mayoría parlamentaria le cabe, precisamente en un sistema de gobierno parlamentario, hacer valer su función política directiva también por esta vía. De modo parecido, las «administraciones» son dependientes, en los Municipios, de las representaciones de las correspondientes colectividades en cuanto igualmente «representación democrática» de la ciudadanía, por más que, jurídicamente hablando y según el régimen local, el Consejo y la Asamblea municipales deban conceptuarse parte de la Administración. Esta «legitimación democrática» de los órganos municipales representativos es también el fundamento, en último término, de la opinión, hoy generalizada, de que los apoderamientos legales para el dictado de Ordenanzas no tienen por qué satisfacer las exigencias del principio de determinación del artículo 80, apartado 1, párrafo 2 GG²⁸.

La expuesta conexión de la Administración con los órganos de representación democrática le otorga la legitimación para, en el marco de las decisiones directivas del legislador, adoptar decisiones políticas bajo la propia responsabilidad y concretar regulaciones legales. Esta formulación encontrará, en su misma abstracción, general aceptación. Pero tiene consecuencias de las que, en general, no se adquiere conciencia en toda su trascendencia.

Hoy se entiende a menudo la Administración como ejecución de la ley, y ésta, a su vez, como un acto jurídico, al que todo lo más cabe atribuir los elementos volitivos propios de una operación de concreción jurídica. En ello no tiene participación alguna la acentuación, en parte exagerada en los últimos decenios, de la tutela judicial. La actividad de la Administración consiste empero en una pura ejecución de

²⁸ BVerfGE, 33, 125 (257 y ss.).

la ley en el sentido indicado sólo cuando existe un «mandato legal» unívoco, que prescriba el fin y el modo de la ejecución de forma vinculante. Pero existen además leyes que efectúan a la Administración tan sólo un encargo, es decir, le proporcionan un fin, pero no fijan el modo de la ejecución («encomienda legal»). Más aún, la ley puede asignar a la Administración simplemente una competencia o un apoderamiento para la actuación y abrirle así con ello la mera posibilidad para una propia concreción del fin y de la ejecución («apoderamiento legal de actuación»). Finalmente, existen leyes que fijan límites a la Administración únicamente en favor del ciudadano o de otras unidades administrativas, de suerte que alcanzan aplicación sólo cuando los límites por ellas marcados resultan sobrepasados («determinación legal de límites»). En el caso de encomiendas legales, apoderamientos legales de actuación y determinaciones legales de límites únicamente algunos elementos de una decisión administrativa están determinados jurídicamente y son, así, relevantes para el control jurídico por los Tribunales; los restantes elementos son de naturaleza política, forman por tanto espacios de juego decisonal de la Administración. Estos espacios consisten, según la configuración concreta de la ley de que se trate, y en mayor o menor medida, lo que la doctrina jurídico-administrativa se esfuerza por categorizar con términos como discrecionalidad administrativa, discrecionalidad planificadora o libertad de configuración en el marco del principio de ponderación, margen de apreciación, margen de prognosis y otros parecidos. Hasta el momento estas categorías están insuficientemente precisadas. Aquí existe una necesidad indiscutible de recuperación por parte de la investigación jurídico-administrativa.

Los diversos espacios de libertad en ningún caso significan libertad para la arbitrariedad, pues la Administración está sometida en cualquier caso a numerosas vinculaciones, en virtud del fin de la ley, los límites legales y los principios generales de la actuación. En esa misma medida, se trata no tanto de campos de decisión libres de regulación jurídica cuanto más bien de ámbitos con diferente densidad de regulación jurídica. Desde el punto de vista de la libertad de decisión administrativa esto significa, sin embargo, que en la decisión entran e, incluso deben entrar, también, con alcance diverso, elementos políticos. Estos no deben ser confundidos con factores de determinación político-ideológicos ajenos a la materia. Antes bien, están condicionados por criterios de pertinencia «lógico-prácticos», es decir, racionalizables científico-administrativamente. Estos están dirigidos a la realización efectiva del «bien común». De todas formas, este extremo resulta determinado de forma importante también, en una democracia pluralista, por la legislación y, con ella, la mayoría parlamentaria correspondiente. De esta suerte es preciso observar una alineación con los fines

fijados en las correspondientes formas parlamentarias de manifestación y no sólo en la interpretación de concretas prescripciones legales, sino también en el manejo de la discrecionalidad.

b) En el marco de los diversos espacios de juego fijados por el tipo de determinación legal, a la Administración le corresponde en el desarrollo del Derecho primacía frente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se justifica en que la Administración está, a través de la responsabilidad gubernamental y las facultades de supervisión y dirección, más fuertemente conectada al Parlamento, con su función política directiva. Esta primacía vale por de pronto para los elementos políticos de una decisión, pero también en cierto sentido para la concreción de la ley mediante su interpretación. Esto precisa una justificación más concreta.

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe, al carecer de una correlativa conexión personal-democrática con el Parlamento, derivar su legitimación exclusivamente de la Constitución y de la ley que en cada caso resulta de aplicación. En esta medida depende, en mayor grado que la Administración, de los presupuestos dados por el Derecho. De otro lado, está distinguida por la independencia de los Jueces, en cuanto fundamento de legitimación suplementario, no democrático. Esta característica específica puede potenciar su neutralidad no sólo respecto de las partes en el proceso, sino sobre todo también frente a los intereses en conflicto y las fuerzas políticas. Esto significa que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa encuentra en el Derecho el único criterio de su control. En su independencia aparece al mismo tiempo como garante del Derecho frente a interpretaciones demasiado condicionadas por intereses.

Por ello, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de aceptar, de principio, los elementos políticos de una decisión administrativa. Sólo puede penetrar en el ámbito de la discrecionalidad o de la libertad de configuración de la Administración en la medida en que sean lesionadas determinadas cautelas jurídicas, como, por ejemplo, el principio de igualdad.

La función directiva del Parlamento, es decir, de la correspondiente mayoría parlamentaria, alcanza, en sus efectos y en el ámbito de determinación legal, hasta la interpretación de las concretas prescripciones legales. De conformidad con ello, aquí la Administración —conectada al Parlamento— tiene también en la concreción de la ley una cierta primacía frente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sólo cuando claramente no acierta en el fin o en determinadas previsiones de la ley entra en juego la Jurisdicción como instancia de control. De ahí que las decisiones de la Administración que se mantengan en el marco de una interpretación de la ley «sostenible» deban ser respec-

das por los Tribunales²⁹. A esta afirmación no cabe oponer la exigencia de una estricta separación entre interpretación de la ley y subsunción. La más reciente discusión metodológica ha demostrado que una disposición legal, en general, no puede ser entendida y aplicada al caso concreto exclusivamente desde su propio texto normativo. Antes bien, sólo recibe su sentido desde su contexto material, el cual, a su vez, resulta determinado, en sus datos relevantes, por la propia norma. En esa misma medida no es posible sostener la exigida separación en la concreción jurídica práctica. El requerimiento de restricción judicial resulta, además de la diferente legitimación democrática, también de la distribución jurídico-constitucional de funciones. La Administración, por razón tanto de su cometido como de su procedimiento de decisión, está más fuertemente orientada hacia el futuro. Sobre la base de su sistema de información, dispone de un mayor horizonte problemático y está en condiciones, por ello, de una más amplia consideración de intereses. Por contra, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa está vocada al control jurídico *ex post* y en muchos supuestos sólo puede, ya por razón del carácter puntual del conflicto concreto, captar aspectos de la problemática en su conjunto³⁰. Por ello, el procedimiento judicial está acondicionado, en mayor medida que el procedimiento administrativo ordinario, para la «individualización», la decisión del específico caso concreto.

Desde la «mentalidad principal» actual esto se suele pasar por alto en gran medida. Decisiones principales, válidas con carácter general, son adecuadas sólo para soluciones jurídicamente unívocas. Estas no tienen por qué derivarse exclusivamente del texto legal correspondiente, pudiendo resultar también de otras disposiciones jurídicas, incluida la Constitución. De todas formas, el recurso directo a la Constitución hace imperativa una precaución especial³¹. Sin embargo, y por razón de la abstracción de las fijaciones jurídico-constitucionales, sólo aquí raramente será posible alcanzar resultados unívocos. En la medida, no obstante, en que éstos sean posibles, la concreción jurídica por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene primacía sobre el desarrollo del Derecho por la Administración.

²⁹ A este respecto W. BROHM: *NJW*, 1984, pp. 8 y ss. (12); el mismo: «Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», *DVB*, 1986, pp. 321 y ss. (339); en sentido análogo, D. GRIMM: «Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltung bei der Genehmigung kerntechnischer Anlagen», en V. BUIREN/BALLERSTEDT/GRIMM: *Richterliches Handeln und technisches Risiko*, 1982, pp. 25 y ss. (47 y ss.); también ERICHSEN: *DVB*, 1985, pp. 22 y ss. (26); PAPIER: *DÖV*, 1986, pp. 621 y ss. (623 y ss.); cfr. en contra también las referencias ulteriores en el texto, así como *BVerwGE*, 72, 300 (317).

³⁰ M. C. SCHINKEL: «Werden die Verwaltungsrichter durch die Politik überfordert?», *Driz*, 1978, pp. 232 y ss.; cfr. también R. SCHMIDT-ASSMANN (nota 21), pp. 117 y ss.

³¹ Sobre ello con más detalle W. BROHM: «Demonstrationsfreiheit und Sitzblockaden», *JZ*, 1985, pp. 5011 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN (nota 21), p. 119.

Resumiendo puede retenerse lo siguiente: la Administración y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son factores de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. Su contribución ha de tener lugar en términos de desarrollo del Derecho dirigido por la ley. En esta tarea ambos poderes comparecen con rangos diferentes. En el marco de una sostenible interpretación de la ley, el desarrollo del Derecho por parte de la Administración tiene primacía sobre el de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta primacía se manifiesta, entre otros supuestos, en la complementación de la ley, por ejemplo, mediante normas técnicas de seguridad bajo forma de disposiciones administrativas y en la concreción de fines a través de planes jurídicamente vinculantes. Como consecuencia de la falta de una determinación intensiva o «densa» de la Administración, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sólo puede verificar un muy limitado control del contenido del desarrollo administrativo del Derecho ³².

La condición de sostenible de una concreción de la Ley por la Administración, sin embargo, debe establecerse no exclusivamente desde la disposición traída al caso, sino desde el orden jurídico en su conjunto. En esa misma medida, quedan en último término en manos de los Tribunales, además del desarrollo del Derecho en situaciones jurídicas unívocas, también la «armonización» de regulaciones contradictorias.

³² Así operan en la práctica los Tribunales. Así, de los cuatro conocidos críticos del «principio de ponderación», los dos primeros tienen una orientación procedimental, mientras que los otros dos, si bien se refieren a la corrección material del contenido, suponen el examen sólo de errores evidentes y en último término no sostenibles. Cfr. *BVerWGE*, 34, 301 (308 y ss.); 41, 67 (69 y ss., 71 y ss.); 44, 1 (10); 45, 309 (322, 326); 47, 144 (154); 48, 56 (63). A parecidos resultados llegan los Tribunales en el caso de normas técnicas a través de su calificación como «informes de peritos anticipados» o como disposiciones administrativas «concretizadoras de normas»; cfr. *BVerWGE*, 55, 250 (257, 260 y ss.) y ahora especialmente *BVerWGE*, 72, 300 (321).

