

KGO	Ley de pequeñas explotaciones y arrendamientos hortícolas (<i>Kleingarten- und Kleinpachtordnung</i>)
NJW	Revista <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NordÖR	Revista <i>Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland</i>
NVwZ	Revista <i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
NWVBl.	Revista <i>Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter</i>
PflSchG	Ley de protección fitosanitaria (<i>Pflanzenschutzgesetz</i>)
RabelsZ	Revista <i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RGewO	Ley de actividades económicas industriales y comerciales para el Reich alemán (<i>Gewerbeordnung für das Deutsche Reich</i>)
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJ	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TKG	Ley alemana de las telecomunicaciones (<i>Telekommunikationsgesetz</i>)
UPR	Revista <i>Umwelt und Planungsrecht</i>
VGH	Corte Administrativa de Justicia (<i>Verwaltungsgerichtshof</i>)
VVDStRL	Revista <i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>
VwGO	Ley de la jurisdicción administrativa (<i>Verwaltungsgerichtsordnung</i>)
VwVfG	Ley de procedimiento administrativo (<i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i>)
ZNR	Revista <i>Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte</i>
ZRP	Revista <i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZUR	Revista <i>Zeitschrift für Umweltrecht</i>

A. ¿PARA QUÉ UNA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO VIGENTE?

En este año de Schiller no estará de más formular la pregunta de partida como sigue: ¿para qué y con qué finalidad se estudia la historia del Derecho vigente*? El interés no se dirige al sentido y la utilidad de la historia del Derecho en general¹, sino, más exactamente, al sentido de una historia de la evolución del Derecho vigente. La cuestión es si existe alguna necesidad de historizar precisamente el Derecho actual y si esa historización tiene algún valor por sí misma, un valor añadido respecto del habitual tratamiento dogmático-interno. Las reflexiones que siguen abordan (fragmentos de) la historia del Derecho constitucional y administrativo, no la historia de la ciencia del Derecho, por lo tanto, tampoco la historia de la ciencia del Derecho constitucional o la historia de la ciencia del Derecho administrativo².

* N. del T.: En 2005 se celebró el segundo centenario de la muerte del literato alemán Friedrich Schiller. El autor juega con el título —casi proverbial en Alemania— de la lección con la que Schiller tomó posesión de su cátedra en la Universidad de Jena en 1789: *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?*, es decir, «¿Qué significa y con qué finalidad se estudia la historia universal?».

¹ A ese respecto, formulando una pregunta retórica, OGOREK, «Warum noch Rechtsgeschichte?», en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pp. 12, 34 y ss. Todo ese trabajo trata de las dudas a que se ha visto sometida esa disciplina (dudas tanto ajenas como propias) y de las justificaciones que se han empleado contra ellas.

² La historia de la ciencia del Derecho público ha sido tratada de forma tan profunda como amplia por STOLLEIS, *Geschichte des Öffentlichen Rechts*

El estudio apunta a una *historización del Derecho público vigente* en su conjunto; por ello no quiere limitarse a yuxtaponer historias del desarrollo de figuras e instituciones dogmáticas concretas. Solo se podrá entender el Derecho público alemán de las últimas décadas si se identifican sus peculiaridades específicas³. La historización efectuará una aportación decisiva a la consecución de ese objetivo cognoscitivo si interpreta el recomienzo tras 1945-1949 y la ulterior evolución situándose en el punto de vista de aquel tiempo y de sus ideas rectoras. Habitualmente, los hitos de la evolución dogmática resultan no solo de procesos internos al Derecho, sino que, además, toman su impulso y, sobre todo, la fuerza que les permite abrirse paso de un ambiente intelectual, de un entorno que favorece su eficacia⁴.

in Deutschland, vol. 1-3, 1988, 1992 y 1999, e *id.*, «Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland», en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft* (nota 1), pp. 227 y ss. Acerca de la historia de los métodos, BUMKE, «Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland», en SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, pp. 73 y ss.

³ A ese respecto ya WAHL, «Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949», en *id.*, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, p. 412, nota 3: la historización concibe el Derecho vigente como un Derecho que en sus peculiaridades y en su espíritu obedece a una determinada época. Esa ubicación en determinadas situaciones dadas al comienzo o más tarde no excluye que ese Derecho haya caído bajo el influjo determinante de ideas de fondo distintas y nuevas. Acerca de la historización de la sentencia *Lüth id.*, «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», en MERTEN/PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1, 2004, § 19, núms. 12 y ss. [= *id.*, en HENNE/RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Der Konflikt um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, 2005, pp. 371, 383]. [N. del T.: En esa importante sentencia *Lüth*, de 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional Federal —al anular la condena que obligaba al publicista Erich Lüth a indemnizar a la distribuidora de una película los daños y perjuicios derivados del boicot a la misma promovido por Lüth, quien consideraba antisemita a su director— entendió que en las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, entre ellos, al derecho a la libertad de expresión, se encarna un «orden de valores objetivo» que debe informar todas las áreas del Derecho, también las que regulan las relaciones jurídicas entre particulares].

⁴ Acerca de ese programa WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núm. 28.

De esa forma, la historización del Derecho vigente⁵ —la variante de la misma que aquí hemos elegido— está, también —y de lleno—, al servicio del autoconocimiento. Lo central para ella no es sencillamente la línea evolutiva histórica que une el presente con su origen en el pasado, sino, dirigiendo la mirada en sentido inverso, las huellas permanentes que han dejado en el Derecho actual sus comienzos (o momentos posteriores de su evolución). En lo que respecta al Derecho público posterior a 1949, interesa aquí la cuestión de si las condiciones iniciales de su evolución, dadas en aquel entonces, grabaron en él una orientación y una configuración específicas, una ley —por así decir— conforme a la cual el Derecho público comenzó en aquel momento su andadura y bajo cuyo dominio sigue estando aún hoy en día⁶.

Detrás de ese especial interés por la época inicial se sitúa la presunción de que al principio tienen lugar fenómenos decisivos que marcan el camino a seguir y cuyos efectos son más duraderos y profundos que las meras innovaciones habituales.

La mirada intradogmática al uso permanece en el presente y atada a sus problemas interpretativos, aun cuando de forma pasajera preste atención a la época de los comienzos.

⁵ Primeros acercamientos a la historización de la forma de entender los derechos fundamentales y la sentencia *Lüth* en WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núms. 12 y ss. [= *id.*, en HENNE/RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil* (nota 3), p. 383]. Se encuentra un programa de historización explícito en HENNE/RIEDLINGER, «Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – ein Programm und seine Folgen», en *id.* (eds.), *Das Lüth-Urteil* (nota 3), pp. 1 y ss.; Henne y Riedlinger entienden por historización, programáticamente, una forma de abordar la cuestión «que considera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no solo desde ella misma y centrándose en el sustrato jurídico de sus resoluciones, sino que también dirige su mirada al entorno y a las circunstancias de su génesis». —Ya JESTAEDT, «Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen— Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung», en RILL (ed.), *Grundrechte – Grundpflichten: Eine untrennbare Verbindung*, 2001, pp. 67 y ss., exige una historización de la resolución *Lüth*; cfr., también, más arriba, la nota 3.

⁶ Por ello la argumentación no parte del final provisional de la evolución en el presente, sino que la historización dirige su mirada a la época del surgimiento como tal (o a un estadio intermedio en el camino hacia el actual modo de entender las cosas): interesan las condiciones y el trasfondo intelectual de aquel entonces.

Pronto regresa al presente, que es lo que de verdad le interesa, y ese interés histórico está dirigido de modo instrumental a los problemas actuales. En cambio, la historización mantiene su interés en el pasado y en el origen del Derecho vigente. Aspira a poner de relieve en su totalidad las fuentes intelectuales y sus condicionantes cronológicos; quiere *ubicar* en aquella época y en su trasfondo intelectual, con la mayor profundidad posible, el Derecho entonces surgido⁷.

Se llega más cerca del núcleo o de las raíces de una época del Derecho si se pone la mirada en una categoría especial del mismo, en concreto, en sus decisiones fundamentales. Entiendo por tales, entre las innumerables normas de detalle de un ordenamiento jurídico, aquellas decisiones de las que cabe decir que *marcan el camino a seguir y dejan en él su impronta*. Conforme a su naturaleza propia, fijan, al mismo tiempo, la *senda evolutiva* específica de un ordenamiento. Se distinguen por estar basadas en las concepciones de fondo consideradas en aquel entonces determinantes⁸. Marcaron el camino que se siguió después de ellas porque en su momento suscitaron el consenso y adquirieron la condición de determinantes. Eran expresión de las convicciones rectoras, informaban —más allá de su significación material específica— el pensamiento jurídico de su época y la concepción de lo que es conforme a Derecho. Para el planteamiento que aquí adoptamos son constitutivos —como se desarrollará más adelante— los conceptos de «decisiones que marcan el camino a seguir» y «senda evolutiva».

La historización llama la atención sobre el hecho de que el Derecho público vigente no surgió de discursos intercambiables sobre soluciones jurídicas correctas o útiles, sino que la situación histórica concreta y la testitura intelectual de la época

⁷ Tomando como ejemplo la sentencia *Lüth*, cfr. WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3).

⁸ Una consecuencia de su carácter determinante es su muy elevado grado de resistencia a las modificaciones. Es cierto que en un ordenamiento jurídico nada está totalmente a salvo de la modificación o de una alternativa, pero las decisiones de fondo son de tal índole que durante varias décadas se han mostrado prácticamente inmunes a las modificaciones. Se trata de las características de un ordenamiento que determinan su tipo o también su identidad, de planteamientos de fondo y presuposiciones que convierten al ordenamiento inglés en inglés, al francés en francés y, también, al alemán posterior a 1949, precisamente, en un ordenamiento propio y específico.

ca desempeñaron en su génesis un cometido determinante. Tiene sus razones que el Derecho alemán haga una apuesta tan fuerte por la juridización* y la tutela judicial, por los criterios jurídicos y por una elevada densidad de control. Descubrir y poner nombre a esas razones es una de las más nobles funciones de la ciencia del Derecho en tanto que ciencia⁹. Solo se entiende correctamente y con la adecuada profundidad el Derecho propio si se conocen las razones de sus peculiaridades y no se ignoran sus líneas evolutivas. Valiéndonos de la imagen del camino: solo quien sepa de dónde viene podrá decidir conscientemente si desea o no continuar por la misma senda.

Tras más de cincuenta años, es oportuna una historización del Derecho de la República Federal. Pero es también necesaria, desde hace mucho tiempo, por una segunda y poderosa razón, a saber, el entrelazamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales de la Unión Europea entre sí y con el Derecho comunitario. Al convertirse la República Federal de Alemania en Estado miembro de la CEE/CE/UE, el Derecho alemán y, por tanto, también el Derecho público experimentaron una modificación sin precedentes. Por obra del fundamental proceso de integración en la Unión Europea y de la consiguiente europeización del Derecho nacional, el Derecho alemán, el Derecho comunitario y el Derecho de los demás Estados miembros cayeron —sin que ese proceso contase con ningún modelo previo— en una estrecha yuxtaposición e interpenetración. A mi parecer, estos acontecimientos trascendentales¹⁰ llevaron al Derecho (público) alemán a una *segunda fase de su evolución* bajo la Ley Fundamental (*Grundgesetz*)¹¹. El aspecto parcial que nos interesa en lo que sigue es este: hoy en día el Derecho se desatrolla y se aplica en Europa, cada vez más, en comparación

* N. del T.: Sobre este concepto (en el original *Verrechtlichung*), *vid.*, por ejemplo, *infra*, B.II.5.

⁹ Y de una formación de los juristas científicamente fundada que tiene por efecto la decisiva socialización de los estudiantes en un determinado modo de entender el Derecho y el pensamiento jurídico.

¹⁰ Más abajo ofrecemos detalles al respecto.

¹¹ A ese respecto ya WAHL, «Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts», *Der Staat*, 38 (1999), pp. 495 y ss.; *id.*, «Zwei Phasen» (nota 3), pp. 411 y 412, en ambos casos haciendo referencia a que el modelo de las dos fases fomenta la historización de los años iniciales de la República Federal.

con los demás ordenamientos jurídicos. El Derecho alemán cobra para el jurista alemán sus perfiles propios por la diferencia con las reglas, las instituciones y el pensamiento jurídico de los demás ordenamientos y sobre el trasfondo que ellos forman. Lo nuevo es el paso de la casi total orientación interna del jurista en el marco de su propio ordenamiento a la orientación externa, a la situación, normal hoy, de la constante comparación¹². Se convierte en regla un nuevo *ty y venir de la mirada*¹³ entre el ordenamiento propio y los ajenos. Y debe destacarse que esta actitud comparativa ya no se limita al comparatista académico, sino que ha llegado a ser una característica de la praxis profesional de muchos juristas (consultores, abogados)¹⁴. Muchos juristas, en efecto, experimentan el Derecho propio condicionado por la necesidad de comparación con otros ordenamientos (sobre la significación de este diálogo y de esta orientación hacia fuera no diremos aquí nada más)¹⁵.

Para nuestro tema reviste especial interés una condición previa de ese diálogo y de esa constante comparación: esa condición previa es —por paradójico que pudiera parecer en un primer momento— la historización del Derecho propio. Solo puede adoptar la actitud obligada para comparar quien no considere el Derecho propio como la solución obvia o la única correcta, sino quien vea como un *factum* que las suposiciones básicas de los distintos ordenamientos jurídicos

¹² WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11), p. 515.

¹³ Modificando la conocida formulación de ENGELSCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.^a ed., 1963, p. 15. *Nota del traductor*: el autor alude al principio metodológico, ya clásico, del «ir y venir de la mirada entre el supuesto de hecho normativo y la situación real dada».

¹⁴ WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11). El Derecho de otro país no interesa a esos efectos desde la perspectiva del comparatista clásico, que busca la mejor solución para un problema concreto. La perspectiva es aquí la de una comparación relevante para la práctica profesional: cómo es el Derecho en otro país, cómo es, sobre todo, el «*law in action*», no solo el «*law in the books*». Por difícil que resulte averiguar ese «*law in action*» (este punto se trató extensamente en el debate que siguió a la conferencia en enero de 2005), justo ese Derecho vivo es lo que le interesa a la comparación impulsada por las necesidades de la práctica jurídica (la consultoría de empresas, el asesoramiento jurídico). Los consultores y los asesores tienen que allegar cuantos conocimientos y experiencias puedan del Derecho vivo del otro país en el que se plantea su problema jurídico práctico.

¹⁵ Sobre esto, WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11), pp. 513 y ss.

pueden ser diferentes y esté dispuesto a obtener conocimiento, precisamente, de la contraposición de planteamientos diversos. Y es que, en ese diálogo, no solo hay que saber que el Derecho alemán llega, para muchos problemas, a soluciones distintas que el francés o el inglés; hay que saber, sobre todo, *por qué* el Derecho alemán es como es; por qué, por ejemplo, los juristas alemanes argumentan dentro de un marco que obedece a una senda evolutiva específica; por qué llegan casi siempre a soluciones que implican un grado relativamente alto de juridización y control judicial. Justo a causa de estos problemas es indispensable la historización. Ilustrémoslo con una observación: cuando se estudia el Derecho inglés y se pregunta a los colegas ingleses por instituciones jurídicas fundamentales, se recibe casi siempre la respuesta de que solo se explican a partir de la historia. Eso es exactamente lo que sucede, pero no solo en Inglaterra, sino también en el Derecho alemán. La historia del Derecho vigente se revela como la atmósfera del diálogo con otros ordenamientos¹⁶, pero, al mismo tiempo, también como la atmósfera que permite ahondar en el propio autoconocimiento¹⁷.

La historia del Derecho vigente, que persigue una comprensión más profunda del ordenamiento jurídico propio, se dirige primero —y con mucho detalle— a la fase fundacional tras 1945-1949 (Parte B); y, a continuación, a los grandes desafíos sociales y económicos a los que tuvo que dar respuesta el Derecho público (Parte C).

¹⁶ En todo ordenamiento las figuras jurídicas son el resultado de evoluciones históricas y tienen sus raíces en la evolución de ese ordenamiento en su conjunto. Tras el argumento de «la historia» se ponen de manifiesto con claridad los fundamentos, los principios, las líneas de fuerza, las convicciones de fondo de los que se derivan las reglas positivas concretas y las diferentes figuras de la técnica jurídica. Así pues, el diálogo gira en torno a las diferencias entre las figuras y acerca de los principios y líneas de fuerza expresados en la respectiva historia, como son, por ejemplo, la respectiva imagen de la Administración y su independencia o dependencia, a ese respecto WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11), p. 413. En conjunto: la historia del Derecho vigente como atmósfera de la autocomprensión y atmósfera del diálogo.

¹⁷ Ambas cosas están estrechamente relacionadas entre sí: por un lado, solo sobre la base de ese conocimiento se puede detectar acertadamente «lo otro» del otro ordenamiento jurídico; por otra parte, en el espejo del otro Derecho se distingue mejor lo específico del Derecho propio. Con otras palabras: la comparación agudiza la conciencia y el conocimiento de las peculiaridades tanto del propio ordenamiento como del ordenamiento ajeno.

una gran capacidad de irradiación. Aquí no podemos tratar en toda su amplitud esos poderosos impulsos evolutivos precedentes de la Ley Fundamental, pero merecen que los recordemos a grandes rasgos antes de centrar más adelante nuestras reflexiones en lo que será su núcleo: las innovaciones en el Derecho administrativo¹⁹.

El papel rector para la evolución del Derecho fue desempeñado, sin duda alguna, por la nueva Ley Fundamental y por el rápido despliegue que experimentó desde el primer momento gracias a su intensa interpretación. Los primeros trabajos²⁰ trataban de caracterizar lo nuevo de la Ley Fundamental; y, al principio, la atención se centró en las regulaciones constitucionales clásicas de la organización del Estado²¹. Más adelante, la mirada se dirigió preferentemente a los derechos fundamentales y, sobre todo, al art. 1 de la Ley Fundamental (en adelante, en citas de su articulado, GG), con su irradiación omnicomprensiva²². Junto a la interpretación axiológica de los derechos fundamentales (sobre la que volveremos en seguida), que prometía dar a la Ley Fundamental en su conjunto y especialmente a su primera sección, una nueva base material²³, la interpretación dedicó especial atención al nuevo contenido constitucional de los derechos fundamentales expresado en el apartado 3 del art. 1 de la GG. Con la fórmula «de la legalidad de la Administración a la constitucionalidad de las leyes» se trataba de poner de manifiesto el gran paso dado más allá de la situación jurídica de Weimar²⁴. Otro gran salto evolutivo, el del despliegue y la

B. LA FASE FUNDACIONAL DEL DERECHO PÚBLICO EN LOS AÑOS CINCUENTA

I. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA FASE FUNDACIONAL

1. La Ley Fundamental como centro

Para la renovación del Derecho después de 1945 la entrada en vigor de la Ley Fundamental fue el eje temporal e intelectual¹⁸. La reinstauración de viejos principios constitucionales y la formulación de otros nuevos tuvieron su prehistoria en la evolución seguida en los *Länder* recién creados. Sin embargo, el factor determinante y dotado de un potente efecto irradiador fue, ante todo, la Ley Fundamental; y ello también allí donde confirmó y corroboró la evolución de los cuatro primeros años. Como es sabido, ya en la década de los cincuenta había alcanzado la Ley Fundamental misma

¹⁸ Sobre la época anterior, desde la perspectiva de la historia de la ciencia del Derecho, STOLTEIS, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 2), p. 231, con la indicación de que, al principio, la consigna era: vuelta al Derecho administrativo clásico y fuerte reticencia frente a la Ley Fundamental. Esa actitud cambió tan pronto como la doctrina comenzó a abordar la nueva institución de la jurisdicción administrativa y el número cada vez mayor de sus decisiones, dado que en la jurisprudencia la Ley Fundamental adquirió rápidamente una posición descolante (cfr., a ese respecto, el siguiente apartado 6).

¹⁹ Como es natural, para obtener una imagen global del Derecho público tras 1945-1949 es necesario prestar atención a la evolución tanto del Derecho constitucional como del Derecho administrativo.

²⁰ IPSEN, «Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit», en *Recht – Staat – Wirtschaft*, II, pp. 182 y ss.; WEBER, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951; y referencias de la nota 18.

²¹ MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 1951; GIESE, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, 1949.

²² Así también STOLTEIS, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 2), p. 236; con el surgimiento de la Ley Fundamental el Derecho público se movió hacia delante.

²³ Sobre esto, también con la mirada puesta en la historia genética de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su ubicación en el tiempo, WAHL, «Die objektiv-rechtliche Dimension» (nota 3), § 19, núms. 14 y ss.

²⁴ En Weimar no se reconoció en la praxis estatal la vinculación de la legislación a los derechos fundamentales. Obviamente, se planteó un vivo debate

profundización sin precedentes del principio de proporcionalidad aplicado a las leyes, se puede describir y comprender con una fórmula similar. El triunfo del principio de proporcionalidad significa una evolución que va «de la reserva de ley a la reserva de una ley proporcional». También contribuyeron decisivamente a la intensificación del Derecho constitucional el debate en torno a los derechos fundamentales, que extendió e intensificó de forma notabilísima su función²⁵, y la interpretación de los derechos fundamentales como expresión de un orden axiológico (lo que más adelante se conoció como dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales). Y, por encima de todo, es imposible pasar por alto el triunfo de la jurisdicción constitucional y de su actividad interpretativa, que enriquecía con contenidos nuevos el Derecho constitucional²⁶.

2. La fase fundacional de una sociedad posterior a una dictadura

Ahora bien, los intentos de asimilar «lo nuevo de la Ley Fundamental» se pueden estudiar y observar no solo en la ciencia del Derecho público y en la teoría del Derecho público. También en la praxis jurídica y, por tanto, en la legislación y naturalmente en la jurisprudencia se aprecian los desarrollos de la nueva época; y ello por una razón muy concreta: los ordenamientos jurídicos subsiguientes a la superación de una dictadura²⁷ están caracterizados por tener una fase fun-

te teórico; a ese respecto, recientemente, DREIER, «Die Zwischenkriegszeit», en MERTEN/PARIER, *Handbuch* (nota 3), § 4 y GUST, «Die Grundrechte in der Weimarer Republik», ZNR, 15 (1993), pp. 163 y ss. Pero, en su conjunto, ese debate no se remontó al terreno de los principios en tan gran medida como podía hacerlo la nueva doctrina sobre la base del apartado 3 del art. 1 de la GG. Sobre todo, el debate de Weimar no logró determinar la praxis estatal. Al faltar una jurisdicción constitucional omnicompetitiva faltaba también el importante «marcapasos» del que dispuso la evolución posterior a 1949-1951.

²⁵ A ese respecto, *infra*, II, 2.

²⁶ Sobre lo novedoso de la Ley Fundamental, WAHL, «Elemente der Verfassungsgestaltung», JuS, 2001, pp. 1041 y 1042 y ss.; *id.*, «Zwei Phasen» (nota 3), pp. 414 y ss.

²⁷ El análisis de la evolución seguida por España, Portugal, Grecia y los países del anterior bloque comunista tras el final de sus respectivas dictaduras proporcionaría material de rico contenido.

dacional (o una fase refundacional) muy marcada y visible²⁸. Obviamente, ni en la política ni en la vida jurídica existe una auténtica «hora cero»; no puede haber una *tabula rasa* en lo que respecta a la política legislativa. Lo que se observa, en lugar de eso, es una compleja situación de partida en la que se entremezclan lo nuevo y el engarce con las corrientes de la época de que se trate, por un lado, y con elementos de la época anterior a la dictadura que ya se habían revelado como valiosos, por otro. Tras 1945 el nuevo ordenamiento jurídico alemán se veía enfrentado a la tarea de regresar al Estado de Derecho; y, así, también a la obligatoria tarea de eliminar y sustituir el Derecho público heredado en 1945 de la época nacionalsocialista²⁹, que era contrario a las libertades e intervencionista en alto grado³⁰. La dimensión negativa de la tarea renovadora puede ser considerada como un enorme trabajo de desescombro. Había que acometer la fundamental transformación del Derecho de preguerra y de guerra del régimen nacionalsocialista en un Derecho público que estuviese en correspondencia con las nuevas ideas de libertad y

²⁸ HENNE/RHEDLINGER «Zur Historisierung» (nota 5), p. 1, consideran que con las sentencias dictadas en el caso *Lüth* y en el de las farmacias termina la «primera fase de la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe sobre los derechos fundamentales». [V. del T.: La sentencia de las farmacias constituye una destacadísima decisión de 1958, por la cual el Tribunal Constitucional Federal anuló un artículo de una ley bávara que restringía considerablemente la concesión de autorizaciones para la apertura de nuevas oficinas de farmacia].

²⁹ Esta tarea, en sus dos dimensiones, fue preparada e impulsada por los aliados en un primer momento y, después, las instituciones alemanas fueron asumiéndola a medida que recuperaban atribuciones parciales.

³⁰ Breves observaciones acerca de ese Derecho de la *dirección* de la economía en HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. 1, 1953, p. 650; entre 1933 y 1945 se invirtió la relación, que hasta entonces era la regla, entre la libertad de comercio y las reservas de supervisión. «El § 1 de la Ley de actividades económicas industriales y comerciales para el Reich alemán [Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, en adelante RGewO] no fue eliminado formalmente, pero materialmente fue vaciado mediante normas restrictivas de la economía en tal medida que perdió su anterior sentido. A partir de ese momento, salvo en casos excepcionales, regla el principio de la actividad económica privada vinculada, es decir, restringida por normas de autorización y control...». Se creó un sistema de concesiones, por ejemplo, para el comercio minorista, la venta por correspondencia, las gasolineras, el transporte de mercancías a larga distancia, el transporte de personas, todas las entidades de crédito y el conjunto del «sector productivo». RUTNER, *Wirtschaftsrecht*, 2.ª ed., 1987, p. 5, nota 8, 3.ª ed., 2004, cita ya para finales de 1933 o comienzos de 1934 prohibiciones de la apertura o la ampliación de fábricas de bombillas y de botones para ropa blanca.

orden. Había que eliminar las leyes represivas de ese régimen, así como también sus omnicomprensivas regulaciones, sus amplias autorizaciones al ejecutivo, sus vagos e indeterminados conceptos en el supuesto de hecho de las normas, su otorgamiento de potestades discrecionales casi ilimitadas y la negación de derechos reaccionales al individuo³¹.

Ya lo hemos dado a entender: el mencionado trabajo de desescombro y reordenación posterior a 1945 no apuntaba, obviamente, a un regreso al *status quo ante*, es decir, al estado en que se encontraban el Derecho de rango legal y su interpretación a comienzos de los años treinta. Es cierto que en ellos, por ejemplo en la ciencia del Derecho administrativo contenida en las obras de Fritz Fleiner y Walter Jellinek, había mucho material útil y modelico. Pero la situación prevía con la que se deseaba enlazar era muy anterior: existía el deseo de remontarse a las antiguas tradiciones del pensamiento jurídico alemán. La decidida voluntad de establecer un contraprograma respecto de la época nacionalsocialista (y respecto de ciertas tendencias de la doctrina de Weimar) solo pudo arraigar tan firmemente porque podía enlazar con una amplia tradición anterior —alemana y de la vieja Europa— de juridización. La evolución política alemana, fuertemente determinada en su conjunto por el poder del gobernante, asignaba al Derecho un especial cometido, también compensatorio. Si los súbditos, que solo tardamente se convirtieron en ciudadanos, no podían conquistar el poder político decisivo, descaaban, al menos, ver protegida —mediante un conjunto de normas conformes con los principios del Estado de Derecho y un poder judicial que actuase con arreglo a esos mismos principios— su esfera propia de libertad y propiedad frente a intervenciones del poder arbitrarias e imprevisibles. La nueva idea directiva (que expondremos con más detalle en seguida) gira en torno a la condición de sujeto del individuo en el Derecho y a que se tome en serio esa subjetividad jurídica; y esa idea constituye, también, un reinicio

³¹ La imagen del trabajo de desescombro y el análisis del texto hacen referencia al Derecho positivo y a sus contenidos. En otro plano de consideración, la historia de la ciencia se interesa por la conducta de los científicos y de sus organizaciones tras 1945; a ese respecto, STOLLEIS, «Verwaltungswissenschaft» (nota 2), pp. 227 y ss.

y una confirmación de una larga corriente evolutiva del pensamiento jurídico alemán que se remonta a la Ilustración y al Derecho racional y que había puesto el acento en los principios propios del Estado de Derecho.

La situación subsiguiente a una dictadura³² es ya objetivamente una cesura, pero la ruptura se hace más evidente todavía desde una perspectiva subjetiva. La ruptura y la conciencia de ella plantean la pregunta por el nuevo fundamento de tal forma que no es posible dejar de oírla. Tras una cesura es necesario explicitar el fundamento³³. Que los fundamentos materiales del Derecho constitucional, la dignidad del hombre y los valores contenidos en los derechos fundamentales fuesen subrayados y acentuados de tal manera es, en realidad, algo natural; o, en todo caso, poco sorprendente. Pero eso, que ya venía dado de suyo por la propia situación, fue llevado a cabo en los años posteriores a 1945-1949 tan a fondo y de raíz que el resultado final fue una verdadera refundación del Derecho público, con un alcance y una radicalidad que hoy merecen nuestro asombro. Tras 1949 el Derecho público recibió, en consecuencia, un nuevo y específico impulso evolutivo; se produjo una refundamentación del Derecho público en el terreno de sus principios mismos y con la ayuda de viejas tradiciones.

3. La imagen del hombre tras la subjetividad jurídica

El nuevo edificio se construía sobre la nueva Constitución y sus fundamentos materiales³⁴. El principal hilo argumen-

³² Cfr. *supra* nota 10.

³³ Baste citar aquí a STOLLEIS, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 2), pp. 237 y ss., acerca de las ideas del Derecho natural, menos fuertes en el ámbito de cultura protestante y más en el de cultura católica. Además, BADURA, «Grundrechte als Ordnung für Staat und Gesellschaft», en MERTEN/PARTER (eds.), *Handbuch* (nota 3), § 20, núm. 3: superación del positivismo en el Derecho público por obra de la «reconformación» material de la ley constitucional y de la refundación de la función legitimadora del Estado y configuradora de la sociedad que incumbe a los derechos fundamentales.

³⁴ Sobre lo novedoso de la Ley Fundamental, también, WAHL, «Verfassungsstaatlichkeit» (nota 26), p. 1041 e WAHL/ROTTMANN, «Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar», en CONZELMANN (eds.),

tativo de esa refundación no es difícil de reconstruir. Comenzaba por la nueva imagen constitucional del hombre, que expresaba y quería expresar una relación fundamental del individuo respecto del Estado totalmente transformada. Tras el desprecio por el individuo y su total disolución en la comunidad política de un pueblo, lo nuevo solo podía consistir en el reconocimiento por principio del individuo como sujeto de derechos. Es bien sabido que la fórmula de «la imagen del hombre de la Ley Fundamental» fue en los años cincuenta un *topos* del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) frecuentemente empleado desde la sentencia de 1954 relativa a las ayudas a la inversión³⁵. Por conocida que sea esa sentencia, no se es enteramente consciente de que tal fórmula no solo no es la única variante del pensamiento basado en una imagen jurídica del hombre³⁶, sino que ni siquiera es la más relevante. En aquella resolución de 1954 lo que más le importaba al Tribunal Constitucional Federal era la limitación de los ámbitos de autodeterminación del «individuo autónomo» por las exigencias del bien común. A la libertad de empresa de sujetos autónomos se contrapuso su vinculación a la comunidad; y así se justificaron las restricciones a esa libertad³⁷. Pero, desde el punto de vista de la argumentación lógica y de la realidad de las cosas, esa idea de la limitación de la libertad tenía que estar precedida por otra cosa distinta, a saber, por el reconocimiento de la libertad y de la autonomía que poseen los indi-

Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem, 1983, pp. 339-386.

³⁵ BVerfGE 4, 7, 11. La ilustrativa situación de hecho era la siguiente: a fin de evitar desequilibrios en la evolución económica de los diversos sectores, el manufacturero tenía que efectuar una aportación de cierta magnitud para cubrir las urgentes necesidades de inversión de la minería del carbón, de la industria siderúrgica y del sector energético. Los recurrentes hacían valer que se había violado el apartado 1 del art. 2 de la GG, porque la ley ponía trabas a su libre iniciativa empresarial.

³⁶ Sobre el debate general acerca de la imagen del hombre en el Derecho, HABERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaate*, 1.ª ed., 1988, 2.ª ed., 2001; BÖCKENFÖRDE, *Vom Wandel des Menschenbilds im Recht*, 2001.

³⁷ Acerca de esa variante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la imagen del hombre, que subraya la referencia social del individuo, BECKER, *Das «Menschenbild des Grundgesetzes» in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1996; referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y de otros tribunales (superiores), pp. 17 y ss.

viduos por principio. Esto fue también lo que sucedió, precisamente, bajo el signo de la nueva imagen del hombre, concretamente en su versión primaria mencionada, en la que esa imagen proporcionó una nueva forma de entender la relación fundamental del individuo con el Estado. En ese sentido «la imagen del hombre de la Ley Fundamental» representaba el enunciado básico de que el individuo ya no era objeto del Estado y ya no era solamente miembro del todo (y no estaba inscrito en el todo y subordinado a él casi completamente). Antes bien, el individuo es el punto de partida de todo pensar y todo construir políticos. El individuo es, por entero y por principio, sujeto, y lo encontramos como sujeto de derechos en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico³⁸. Como es natural, esta idea de fondo se halla inserta en la tradición, vieja de siglos, del Derecho racional y la Ilustración. Pero en el contexto de la época posterior a 1949 el mensaje contenido en ese enunciado quemaba como si acabara de ser descubierto. El espíritu de la época, que aquí era literalmente el espíritu que daba vida a esa época, expresó la idea abstracta de fondo en esta fórmula, sobremanera eficaz también en el lenguaje cotidiano: «el individuo no existe para el Estado, sino el Estado para el individuo». Con ello, la fórmula liminar del borrador de Herrenchiemsee³⁹ surtió

³⁸ La otra variante, anterior y más de fondo, ha sido menos estudiada en la doctrina; a ese respecto Tanja Schmidt, *Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts dargestellt anhand der Entwicklung der Ermessensansprüche innerhalb der ersten zwei Nachkriegsjahrzehnte*, 2006; véase, también, BECKER, *Das «Menschenbild des Grundgesetzes»* (nota 37), p. 34, bajo el título de «Selbststand der Person» («Autonomía de la persona»); BÖCKENFÖRDE, *Vom Wandel* (nota 36), pp. 24 y ss.

³⁹ Borrador de Constitución elaborado por la Convención de Herrenchiemsee: «Artículo 1 (1) El Estado existe para el hombre, no el hombre para el Estado. (2) La dignidad de la personalidad humana es intocable. El poder público está obligado en todas sus manifestaciones a respetar y proteger la dignidad del hombre». En la documentación de la Convención el artículo inicial está tratado de forma muy adusta. También en VON DOEMMIG/FUSCHER/MATZ, «Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes», *JdR*, nueva serie, 1, p. 45, se dice solo: «La Convención de Herrenchiemsee puso en la cuspide de su catálogo de derechos fundamentales la idea de que el Estado se halla al servicio del hombre (apartado 1 del art. 1) y de que la dignidad del hombre siempre se debe preservar (apartado 2 del art. 1)». Este acuerdo de temas fue asumido en lo sustancial por el Consejo Parlamentario. La idea rectora del catálogo de derechos fundamentales de Herrenchiemsee, a saber, que el Estado debe servir al hombre, fue defendida por el diputado Dr. Süsterhenn (CDU) en la segunda sesión plenaria; pero, en la tercera sesión

efecto sin que hubiese devenido vinculante; tocó el nervio de la época y fue captada en su intención directiva. Rara vez habrá tenido un texto tanto efecto y tan amplia irradiación sin haber llegado a entrar en vigor. El espíritu de esa fórmula cobró eficacia, asimismo, en la Ley Fundamental, también —y este no ha sido el menos importante de sus efectos— en la primacía de los derechos fundamentales⁴⁰.

Esa idea de fondo que suena tan sencilla, la subjetividad, puso patas arriba —si se permite la expresión— todo el Derecho público heredado. En su calidad de sujeto, el individuo es, en todos los sentidos, sujeto de derechos. Como tal, en caso de duda, el sujeto ha de poder contraponer su derecho al Estado, porque no puede aceptarse que el individuo dependa de la discrecionalidad o de la libre decisión (o de la arbitrariedad) de una Administración no sometida a atadura alguna. La *imagen del hombre de la subjetividad jurídica* —en un primer momento, todavía no los derechos fundamentales— fue la cuña introducida en el viejo Derecho. Esa imagen del hombre —le sorprende a uno cada vez que vuelve a reparar en ella— es de una pasmosa sencillez; a la vez que, en su escueto enunciado, rebosa de carga emocional. Ahora bien, quizá precisamente eso no debería asombrar-

plenaria, el diputado Dr. Heuß (FDP) se opuso a que se colocase al principio una declaración negativa: «No debemos empezar ofendiendo a la dignidad interna del Estado». Visión de conjunto en KUNZE, «Reconsidered: "Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da". Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes», *Der Staat*, 40 (2001), pp. 383 y 393 y ss.; y, detenidamente acerca de la historia del precepto, STERN/SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, 1988, § 61 II 3c, pp. 190-192.

⁴⁰ VON DOEMING/FUSSELEIN/MATZ (nota 39), p. 47: «En un informe general presentado durante la segunda tramitación en el pleno (9.ª sesión, celebrada el 6 de mayo de 1949), el presidente de la Comisión Principal, el diputado Dr. Schmidt (SPD), argumentó así a favor de que el catálogo de derechos fundamentales fuese la primera parte de la Ley Fundamental: La Ley Fundamental misma comienza con la sección dedicada a los derechos fundamentales. A diferencia de lo que sucedía en la Constitución de Weimar, esos derechos fundamentales se han colocado al principio a fin de expresar con claridad que los derechos que necesita el individuo para poder vivir en dignidad y respetándose a sí mismo tienen que determinar la realidad constitucional. En último término, la razón de ser del Estado es crear el orden que necesitan los seres humanos para una convivencia basada en la libertad del individuo. Solo de esa misión procede al cabo la legitimidad del poder que ejerce».

nos. Pues su simplicidad y su certero *pathos* dieron a ese pensamiento su contundencia y persuasividad. La imagen del hombre y su reformulación dogmática en el estatus de sujeto del individuo, unidas a una fundamental subjetivación del ordenamiento jurídico público derivada de aquella, le dieron la vuelta al Derecho público heredado y le proporcionaron un nuevo y hasta hoy sólido fundamento⁴¹. Esa base suministró a la ulterior evolución una fuerza permanentemente para la juridización y para un modo de pensar informado por la idea de la tutela judicial omnicompreensiva⁴². Esos fundamentos siguen impulsando aún hoy al Derecho alemán por la senda de una juridización todavía creciente. Con razón se habla, en este contexto, con mucha frecuencia del *giro copernicano* que experimentó el Derecho público tras 1949⁴³.

⁴¹ OSSENBUHL, «40 Jahre Bundesverwaltungsgericht», *DVBZ*, (1993), pp. 753 y 756, considera que la subjetivación realizada tras 1949 fue el «giro copernicano» del sistema del Derecho administrativo. De un «cambio de perspectiva copernicano» habla, a propósito de la europeización, ya VON DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, p. 1; ver, también, WAHL, «Zwei Phasen» (nota 3), p. 423: «Existen buenas razones para ver en esa evolución un giro copernicano, toda vez que la vigencia y la interpretación de las reglas jurídicas ya no se pueden derivar solamente del Derecho nacional propio y, por tanto, desde un punto de vista interno, sino que además, frecuentemente, son determinantes otros ordenamientos jurídicos».

⁴² Acerca de la importancia del proceso de subjetivación para el Derecho administrativo como sistema: OSSENBUHL (nota 41); id. «Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft», en *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 5, 1987, 1146. La orientación del Derecho público por los derechos individuales y la fundamental significación material de estos últimos han sido subrayadas por SCHMIDT-ALTMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.ª ed., 2004, pp. 15 y ss., también, 13 y ss.; DI FABIO, *Risikoprüfungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im Öffentlichen Recht, insb. im Arzneimittelrecht*, 1994, pp. 16 y ss.

[N. del T.: De la edición de 1998 de SCHMIDT-ALTMANN existe traducción al castellano, *La teoría general del Derecho administrativo como principio ordenador*, varios traductores, Madrid, Instituto Nacional de Administración pública / Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2003].

⁴³ WAHL, «Zwei Phasen» (nota 3), p. 423. Con la «fórmula honorífica» de «giro copernicano» (cfr. nota 41) se puede designar, como hacemos aquí, toda la refundamentación o, también, elementos concretos, como son precisamente la subjetivación del ordenamiento jurídico, la expansión de los derechos fundamentales o el descubrimiento y el auge del principio de proporcionalidad.

4. Consecuencias de la fundamental subjetivación del Derecho

El cambio impulsado por la mencionada imagen del hombre abarcó el Derecho público en su totalidad. Sobre ello se volverá con detalle más abajo. Aquí adelantaremos lo necesario para comprender la denominada fase fundacional. En los primeros años que siguieron a 1949 esa inversión de la polaridad tuvo expresión en una serie de figuras fundamentales del Derecho público:

- en la derivación, a partir del art. 1 de la GG, de un *derecho a exigir* prestaciones sociales⁴⁴;
- y, de forma especialmente marcada, en la *doctrina de los derechos públicos subjetivos*⁴⁵. La expansión, pronto visible, de los derechos públicos subjetivos fue impulsada, en una especie de movimiento de pinza, tanto por la idea material de la subjetivación, como por la garantía de la tutela judicial sin lagunas. Esas dos ideas de fondo se comportan como las dos caras de una misma moneda. Aseguran el principio fundamental de que el sujeto individual es sujeto de derechos: solo quien tiene realmente derechos y —criterio supremo de la autonomía— puede hacer valer con éxito por sí mismo esos derechos ante un tribunal es un sujeto, una magnitud originaria en la vida jurídica y frente al Estado.
- Esas dos decisiones fundamentales fueron también eficaces como causas de la *elevada densidad del control ejercido por los tribunales administrativos* que caracteriza al Derecho alemán hasta la fecha. Su base dogmática más importante es la doctrina que reserva a los tribunales la única interpretación correcta de

⁴⁴ Porque no está permitido tratar al individuo, tampoco en su papel de necesitado, solamente como objeto, BVerwGE 1, 159; véase a ese respecto más abajo en el texto II.6.

⁴⁵ En apartamiento de la vieja doctrina de Buhler, las condiciones de su reconocimiento se redujeron considerablemente: ya solo se exigía el carácter protector de la norma a favor de individuos concretos. [N. del T.: Ottmar Bühler acuñó en 1914 una conocida definición del «derecho público subjetivo» como la posición jurídica que faculta al individuo, en virtud de un negocio jurídico o de una norma, a exigir algo del Estado o hacer algo frente a él].

los conceptos jurídicos indeterminados. Esa base a mí me parece frágil, pero eso no importa ahora, dado que lo que nos ocupa en este momento es describir la evolución y los factores immanentes que influyeron en ella.

- Como el mayor triunfo para la subjetivación del Derecho administrativo se puede considerar la penetración de esa idea en el sanctasanctorum del anterior Derecho administrativo, la *doctrina de la discrecionalidad*. Allí donde, hasta ese momento, la Administración tenía libertad para elegir entre diversas alternativas y el individuo —así se sostenía entonces— obviamente carecía de todo derecho, exactamente allí, el derecho subjetivo formal a un «correcto ejercicio de la discrecionalidad» abrió una brecha decisiva en la concepción dominante hasta entonces. El Derecho público alemán ha desarrollado una *fobia*, de hondos consecuencias, *contra los márgenes de configuración* de la Administración⁴⁶. Más claro y tangible no puede ser el cambio. Solo el reconocimiento de un derecho a la intervención policial fue todavía más allá⁴⁷. Esa evolución solo se puede valorar en su justa medida si se la contempla sobre el trasfondo de la respuesta, completamente diferente, que recibe esa misma cuestión en otros ordenamientos jurídicos: resulta manifiesto que la

⁴⁶ La discrecionalidad, que es en todas partes una idea fundamental del Derecho administrativo, ha sido marginalizada y se le han recordado las alas, valga la expresión. RUPP, «Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit», *NJW*, 1969, pp. 1273 y ss. y 1278, al final, parte de que la Constitución exige una completa vinculación de la Administración a la ley, junto a un control judicial sin lagunas, de modo que toda la doctrina de la discrecionalidad sería una reliquia del siglo XIX contraria a los principios del Estado de Derecho [así BACHOF, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), p. 175; véase a ese respecto la disputa entre BACHOF y RUPP, *loc. cit.*, pp. 339 y 195, en nota 8]. Resultó muy influyente la formulación de HUBER, «Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats», en *Festschrift für Zaccaria Giacometti*, 1953, pp. 59 y 66, de la discrecionalidad como «caballo de Troya» de un Derecho administrativo informado por los principios del Estado de Derecho. Desde el punto de vista de la doctrina predominante, BULLINGER, «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung», *JZ*, 1984, pp. 1001 y 1003, presenta la discrecionalidad como «cuerpo extraño en el Estado de Derecho».

⁴⁷ BVerwGE 11, 95; a ese respecto SCHMIDT (nota 38).

concepción de fondo alemana de la discrecionalidad y los márgenes de configuración de la Administración, muy lejos de formular la única doctrina correcta, constituye una llamativa peculiaridad del Derecho público alemán.

5. Las modificaciones de fondo en el ejemplo de la prohibición con reserva de autorización

Es paradigmática de ese proceso de transformación la evolución seguida por la venerable institución jurídica de la *prohibición con reserva de autorización*⁴⁸. Precisamente en esa institución transversal se pone de manifiesto que ha surgido un nuevo Derecho administrativo que mantiene estrechas relaciones de interacción con el Derecho constitucional⁴⁹. Así lo mostró, de entrada y con mucha claridad, el Derecho regulador del otorgamiento de licencias⁵⁰, en cuyo contexto la vinculación del legislador a los derechos fundamentales estuvo presente paradigmáticamente de principio a fin. La regulación legal de las licencias fue un campo pionero para el despliegue de esa idea de fondo, si bien su ulte-

⁴⁸ En el lugar de Berlín en el que se dicta esta conferencia, la antigua sala de sesiones del Tribunal Administrativo Federal, Hardenbergstraße 31, se han efectuado importantes contribuciones a esa evolución.

⁴⁹ Aunque en diversos sentidos fueron reavivadas y encontraron continuación ideas dogmáticas del Derecho público de Weimar, por ejemplo, del Derecho administrativo de un Walter Jellinek o un Fritz Fleiner, no deja de ser cierto que surgió algo nuevo, ya que se dotó a esas figuras de una nueva base; acerca del Derecho público de Weimar, STOLTEIS, «Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre in der Weimarer Republik», en JESSE-RICH/POHL/VON UNRUH (eds.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. 4, 1985, pp. 77, 85 y ss. y 89; *id.*, *Geschichte* (nota 2), vol. 3, pp. 234-241. Del espíritu de los derechos fundamentales (reforzados y reinterpretados a fondo surgió algo nuevo. Yo lo caracterizo como una nueva configuración de un Derecho administrativo conforme a los principios del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, basado en los derechos fundamentales. Para referirse a él ha tomado carta de naturaleza rápidamente la fórmula del Derecho administrativo como Derecho constitucional concretado. Lo que surgió en los años cincuenta no tiene paralelo en otros ordenamientos jurídicos.

⁵⁰ Acerca de la concepción del Derecho relativo a la concesión de licencias, WAHL, «Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck», en DOLBE (ed.), *Umweltrecht im Wandel: Bilanz und Perspektiven aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU)*, 2001, pp. 237 y ss.

rior desarrollo trajo sorpresas adicionales para la praxis administrativa. La praxis administrativa tuvo que aprender que las reglas concretas contenidas en una ley (el examen de la necesidad, por ejemplo) ya no eran la última palabra, pues esas reglas podían ser inconstitucionales. Igualmente, el derecho de una persona a que se le autorizase a ejercer una determinada profesión ya no dependía solamente del tenor literal de la ley y de que una regla del Derecho administrativo fuera del tipo de «la Administración podrá...», sino del eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la admisibilidad de que exista un margen de discrecionalidad en el ámbito protegido por el art. 12 de la GG⁵¹. El legislador tuvo que aprender, asimismo, que no podía prever sencillamente cláusulas relativas a la necesidad, o limitaciones objetivas o subjetivas. No en vano muchas de las decisiones que marcaron el camino que siguió la vinculación del legislador a los derechos fundamentales se adoptaron en los campos de las autorizaciones para el ejercicio profesional, del Derecho relativo a las actividades y oficios industriales o comerciales y de las funciones de control desempeñadas por las autoridades públicas.

A resultas de la vinculación a los derechos fundamentales se «sacó punta» más adelante también a otras instituciones propias del Derecho administrativo, como, por ejemplo, la prohibición preventiva y la prohibición represiva. Estas no recibieron su perfil propio hasta que la regulación de las licencias por ley ordinaria dejó de tener sustantividad definitiva por sí misma y cayó bajo las directivas de los derechos fundamentales. ¿Acaso es aceptable que la ley disponga una prohibición represiva cuando una prohibición menos intensa surte el mismo efecto? ¿Qué sucede con la discrecionalidad en la prohibición represiva o en la preventiva? Y, de

⁵¹ Junto a la «resolución sobre la asistencia social», un tanto distinta (BVerwGE 1, 159), BVerwGE 1, 321 (reconocimiento de asociaciones en el Derecho aplicable a los pequeños arrendatarios), BVerwGE 2, 349 (nombramiento como ingeniero topógrafo público), BVerwGE 3, 121 (derecho a exigir la reducción del alquiler) y 3, 288 (derecho a exigir ayudas para la educación en razón del derecho a prestaciones sociales); a ese respecto BACHOF, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, 1963, pp. 8 y ss. (reproducción ampliada de los informes de jurisprudencia de JZ, 1957, pp. 1962 y ss.).

forma generalizada, el nuevo Derecho público redujo palpablemente el nivel de la regulación, en consonancia con la liberal política social y económica del momento⁵². Además, en aplicación de los principios propios del Estado de Derecho, se establecieron con éxito exigencias de concreción de las reglas dirigidas al legislador, que contrastaban con la ausencia hasta entonces de límites de este tipo que tuvieran al legislador como destinatario.

6. El significativo papel de la jurisprudencia

El ritmo de ese proceso de transformación y refundación vino marcado, además de por la doctrina, especialmente por la *jurisprudencia*⁵³. No se puede subestimar el cometido desempeñado a ese respecto por la jurisdicción administrativa en todas sus instancias, pues no en vano los tribunales administrativos eran los competentes para pronunciarse sobre la eventual declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de, por ejemplo, cláusulas de necesidad contenidas en el Derecho preconstitucional. La competencia del Tribunal Constitucional Federal para coronar este proceso —cuyo contenido ya estaba en buena parte predeterminado—, que desembocó en la sentencia de las farmacias, vino dada exclusivamente por el hecho de que la correspondiente ley bávara se había promulgado después de 1949. El análisis de los primeros volúmenes de resoluciones del Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) muestra cómo abordó la jurisprudencia ese fundamental proceso de cambio⁵⁴. Es la *conciencia de cesura* con respecto a lo anterior lo

⁵² Las bases intelectuales del nuevo Derecho coincidían con las líneas rectoras generales de la política aplicada a la sociedad y, también, con la economía social de mercado de Erhard. Lo que los responsables políticos proclamaban «a lo grande», pero después no querían concretar en algunos proyectos legislativos (en el poco liberal Derecho aplicado a las farmacias, por ejemplo), lo desarrollaba la jurisprudencia «a pequeña escala».

⁵³ Otto Bachof, el maestro de las crónicas de jurisprudencia, dio origen a un género en la doctrina que en esa forma, lamentablemente, no ha encontrado seguidores. BACHOF, *Verfassungsrecht* (nota 51).

⁵⁴ A ese respecto, recientemente, refiriéndose a la forma de entender el Derecho administrativo, SCHÖNBERGER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwal-

que hace argumentar a la jurisprudencia de forma escueta, decidida y desde el terreno de los principios. Ese contexto explica el tono decidido y radical de esas sentencias, que bien podemos considerar clásicas.

La conocida resolución del Tribunal Administrativo Federal de 24 de junio de 1954 (BVerwGE 1, 159) —que quizá sea la más famosa de sus primeras sentencias— reinterpretó tan espectacularmente el Derecho preconstitucional relativo a la asistencia social y las correspondientes obligaciones de la Administración a otorgar prestaciones, que se consideró que el individuo tenía un derecho a exigir esa asistencia. Ese resultado de crear un derecho exigible en el campo de la Administración prestadora no ha hecho escuela, pero el método de fundamentación empleado estaba preñado de consecuencias⁵⁵. Resultaron determinantes frases tan escuetas y decididas como estas:

«En el Derecho constitucional existen principios e ideas rectoras generales (BVerfGE 2, 380) [...]. Una de esas ideas rectoras es la concepción de las relaciones del individuo con el Estado⁵⁶; el individuo está sometido al poder público, ciertamente, pero no es súbdito, sino ciudadano. De ahí que, por regla general, no sea admisible hacerlo meramente objeto de

tungsrechts in der frühen Bundesrepublik», en STOLLEIS (ed.), *Das Bonner Grundgesetz – Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland* (1949-1969), 2006.

⁵⁵ BVerwGE 1, 159, 160. En esa resolución se muestra paradigmáticamente cuál es el proceder metodológico correcto. El Tribunal comienza exponiendo que antes de 1945 en la doctrina y en la jurisprudencia se negaba casi unánimemente la existencia de un derecho a exigir asistencia social. «Ese rechazo no iba ligado a una norma expresa, sino que descansaba en ideas de ética social heredadas» (la cursiva es nuestra). «En efecto: el antiguo Derecho prusiano partía tácitamente del principio de que la asistencia social, en aquellos entonces denominada asistencia a los pobres, se debía conceder a los necesitados únicamente por razones de orden público, pero no por mor de ellos mismos [...] y que por ello el necesitado no era sujeto de la obligación de las autoridades públicas, sino solo objeto de la actuación de estas, objeto de la obligación que incumbe frente al Estado a los organismos públicos que se ocupan de los pobres». Después viene el paso decisivo: «Ese principio se mantuvo más tarde sin examinarlo, pese a que la situación económica y social y las valoraciones de la ética social habían cambiado [...] Desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental, si no ya antes, la anterior concepción es insostenible».

⁵⁶ Resulta llamativo el carácter sumamente genérico de esta fundamentación, que —a decir verdad— se podría aplicar en todos los terrenos.

la actuación estatal. Se le reconoce, antes bien, como personalidad independiente y moralmente responsable; y, por ello, como portador de derechos y deberes. Esto debe aplicarse también cuando esté en juego su subsistencia [...]. La inviolable dignidad del hombre, que debe ser protegida por el poder estatal, prohíbe considerarlo meramente como objeto de la actuación estatal cuando se esté ante la garantía del mínimo existencial, es decir, de su subsistencia misma».

Un vehículo para la fuerte juridización es una frase como esta:

«En el Estado de Derecho [...] las relaciones del ciudadano con el Estado son, por principio, las del Derecho; por ello, también la actuación del poder público frente a él está sometida a su posterior examen judicial».

En 1954 el Tribunal Administrativo Federal se despidió expresamente del «subdito»⁵⁷. Sin embargo, aun fue necesario decirle adios otras veces, pues no resultaba tan sencillo dejar atrás esa vieja expresión⁵⁸.

Otra de esas frases grabadas en piedra —por así decir— fue formulada por el Tribunal Administrativo Federal en un caso tomado del ámbito —que también llegó a ser importante más tarde⁵⁹— de la regulación de los minifundios hortícolas. La cuestión planteada giraba en torno al reconocimiento de la utilidad pública de determinadas asociaciones y empresas cuando se cumplieran determinados elementos del supuesto de hecho de la norma. El caso reunía una serie de características que lo hacían paradigmático y de amplia irradiación⁶⁰:

⁵⁷ BVerwGE 1, 159, 161.

⁵⁸ Explicita conservación del concepto de subdito por KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, pp. 818 y ss. (título: «Poder del Estado y obediencia del subdito»), § 38, pp. 940 y ss.: «El subdito y su obediencia». Krüger ve al individuo en calidad de tres cosas, a saber, como ciudadano, como miembro de la esfera pública y como súbdito. Mediante este último concepto se expresa el sometimiento al Estado y a su poder.

⁵⁹ BVerwGE 52, 1 – Resolución sobre los minifundios hortícolas.

⁶⁰ BVerwGE 2, 349 – Ingenieros topógrafos con nombramiento oficial, 3, 121 – Derecho a exigir la reducción del alquiler. En la primera resolución (BVerwGE 2, 351) se muestra expresamente la conciencia de que se ha producido una cesura: «Un ordenamiento profesional que no concede al candidato, por más que cumpla todos los requisitos, un derecho a exigir que se le permitiera ejercer su profesión puede que estuviese en consonancia con las ideas dominantes en el sistema estatal existente en aquel entonces, pero contradice los principios actuales del Estado de Derecho; y, por ello, en la medida en que niega a todo solicitante el derecho a exigir que se le permita el ejercicio profesional, no puede reivindicar validez alguna (art. 123 de la GG)»; ese mismo pensamiento también en el segundo enunciado central de la sentencia.

«El Estado de Derecho de nuestra época revela y acredita su naturaleza, también y especialmente, en que, en caso de duda, hay que interpretar que la norma concede al ciudadano derechos frente al poder público» (BVerwGE 1, 321, 326 – 1955).

Esa resolución merece atención no solo por ese pasaje central, sino también por lo que sigue:

El apartado 1 del § 5 de la Ley de pequeñas explotaciones y arrendamientos hortícolas (*Kleingarten- und Kleinpachtordnung*, en adelante KGO) de 1919 eliminó el fenómeno, desaprobado por razones sociales, de los arrendatarios intermedios profesionales; y lo sustituyó por empresas de fomento de los minifundios hortícolas que estaban reconocidas como de utilidad pública. El Tribunal debía decidir si esas empresas tenían derecho a exigir que se reconociese su utilidad pública. Esa resolución es ejemplo paradigmático y modelo de cómo el Derecho constitucional dejaba su impronta en una materia del Derecho heredado. Ya al principio el Tribunal expone: «Ciertamente, las partes coinciden en apoyarse en el § 5 de la KGO. Sin embargo, ello no hace que se pueda prescindir de examinar si esa disposición es compatible con la Ley Fundamental» (p. 322). A continuación, se procede a un examen de la constitucionalidad de la «intensa intervención» sobre la libertad de contratar (p. 324); y a una detallada interpretación —hoy diríamos una interpretación conforme a la Constitución— de la norma, que presta gran atención a su génesis, así como a la doctrina y a la praxis administrativa. Después viene el fundamental pasaje que contiene la frase citada más arriba.

Más adelante se dice: «Una regulación legal que parece permitir a la Administración actuar discrecionalmente aun en el caso de que se cumplan todos los elementos del supuesto de hecho de la norma que regula esa actuación tendría que otorgar expresamente esa facultad de decisión discrecional. En otro caso, la presunción juega a favor de que la actuación administrativa ha de tener carácter reglado». Este pasaje se completa en seguida —y esto es lo nuevo y lo que está carga-

do de consecuencias para el futuro— con argumentos procedentes del ámbito de los derechos fundamentales: «Si se quisiese interpretar de otro modo la frase 1 del apartado 1 del § 5 de la KGO (íde una ley nada menos que de 1919!) y, por tanto, se negase a las empresas de utilidad pública destinadas al fomento de las pequeñas explotaciones hortícolas un derecho a exigir que se las reconozca como tales, aparecerían, como muy tarde, en ese momento, ya en razón del principio de igualdad del artículo 3 de la GG, que de conformidad con el apartado 3 del artículo 1 de la GG vincula al legislador, a la Administración y a la jurisprudencia, reparos constitucionales que probablemente no sería posible supe-
rar».

A parecidas formulaciones de fondo llegó el Tribunal en relación con la Ley de precios (*Preisgesetz*) de 1948, muy significativa en aquel entonces⁶¹. El Tribunal consideró problemática, sobre todo, «la ausencia de límites a las potestades de intervención concedidas en esa ley a las autoridades competentes en materia de precios».

«Esa ausencia de límites de una norma legal que facultaba a las autoridades administrativas para intervenir sobre la libertad del ciudadano atenta en diversos sentidos contra la Ley Fundamental»⁶².

Quien recurre a formulaciones tan de principio y tan apodícticas, a veces tiene que corregirlas o matizarlas más adelante. Curiosamente, se produjo a continuación un proceso de aprendizaje en común del Tribunal Administrativo Federal, del Tribunal Constitucional Federal y de la doctrina, con Otto Bachof a la cabeza, que llevó a concluir que precisamente en el ámbito del Derecho administrativo económico se necesitaban conceptos abiertos e indeterminados; y que, por esa razón, podían admitirse las habilitaciones amplias a la Administración⁶³. Al principio estaba el furor contra la au-

⁶¹ El Tribunal Administrativo Federal era el competente, dado que se trataba de una ley preconstitucional.

⁶² BVerwGE 4, 24, 30 y ss. (allí las citas literales). Esa resolución es una gran sentencia y un logro pionero de la jurisprudencia.

⁶³ BVerwGE 7, 54, 63; BVerfGE 8, 274, y comentarios a la sentencia de WEBER, DÖV, 1957, pp. 33 y ss.; y ULE, DVBl., 1957, pp. 177 y ss.; sobre ese tema en su conjunto, Bachof, *Verfassungsrecht* (nota 51), pp. 104 y ss.

sencia de barreras, pero más tarde se percibieron las peculiaridades propias de los distintos ámbitos y se aceptaron más matices.

La historia de las «grandes» sentencias en el Derecho de la República Federal está aún por escribir. Podría mostrar una imagen detallada y muy ilustrativa de los complejos procesos de interpretación, del desarrollo y la formación de los resultados de la interpretación de figuras y principios dogmáticos; y, también y sobre todo, el importante cometido de la tarea de interpretar las normas y del Derecho judicial en un Derecho, el alemán, que se entiende a sí mismo, en tan gran medida, como un ordenamiento jurídico presidido por la idea de la codificación⁶⁴.

7. Los diferentes cometidos de la Constitución en la fase fundacional y posteriormente

La mirada dirigida a la época fundacional invita a extraer una conclusión acerca de la diferente función de las constituciones. Que una Constitución que pone fin a una época de dictadura y aspira a erigir un nuevo ordenamiento democrático y basado en las libertades desempeña durante la fase fundacional de ese ordenamiento un papel más intenso que en el posterior «día a día» del Estado constitucional, resulta poco menos que obvio. En la fase fundacional no solo se producen las innovaciones más importantes del Derecho de la República Federal; no solo se sientan las bases para la fuerte influencia del Derecho constitucional sobre el Derecho legal en su totalidad. La Constitución misma tiene una función que va más allá. Posee la capacidad de dar origen—como se ha dicho antes— a una senda evolutiva específica. Es parte integrante del movimiento político de los primeros años subsiguientes a una dictadura y, a la vez, uno de los factores que lo impulsan. En el terreno de la historia contemporánea, Ulrich Heber habla del proceso de democratización y liberali-

⁶⁴ Un comienzo ha sido el volumen colectivo de MENZEL (ed.), *Verfassungsgeschichte*, 2000, en el que se recogen y comentan cien resoluciones del Tribunal Constitucional Federal.

zación⁶⁵ de los años cincuenta. La premisa obvia de esa tesis es que en dicha década se pueda constatar una dirección dominante. Justo eso suele ser posible para los primeros años que siguen a un cambio radical, pero ya no en los años que vienen después⁶⁶.

Si se recuerda uno de los debates de fondo del Derecho constitucional alemán bajo la Ley Fundamental, en concreto la controversia sobre la función de la Constitución como ordenamiento marco, como ordenamiento básico que debe ser concretado y como fundamento de todo el ordenamiento jurídico⁶⁷, al poner la vista en la fase fundacional se torna manifiesto lo siguiente: al menos para la fase fundacional esa controversia no reviste importancia alguna. Es posible que la controversia tampoco sea en modo alguno una auténtica controversia, sino que haga referencia a fases distintas de la significación de una Constitución. Al comienzo de la fase fundacional no se discute y es imposible dejar de percibir que la Constitución tiene una gran función impulsora, que empuja hacia delante, modificándolo, todo el ordenamiento jurídico y que prefiere sus criterios y la dirección que este seguirá. Obviamente, la Constitución no actuó, tampoco en los años cincuenta, de tal modo que todo ya estuviese contenido en ella y que bastase con extraerlo de ella explicándolo; pero el contenido rector, el efecto impulsor y la función de modelo son más claros y más intensos que en el día a día posterior, al fi-

⁶⁵ Tal es la tesis que defiende y el tema sobre el que investiga HERBERT (ed.), *Wandlungsprozesse in Westdeutschland. Belastung, Integration, Liberalisierung 1945-1980*, 2002; véase también METZLER, «Stabilisierung, Normalisierung, Modernisierung: Die Bundesrepublik in den 1950er Jahren», en HENNE/RIEDLINGER, *Das Luth-Urteil* (nota 3), pp. 25 y ss.

⁶⁶ También en el caso de la República Federal los años cincuenta se distinguen en lo que respecta a la claridad de una dirección de las siguientes décadas, en las cuales los distintos subsistemas de la sociedad se desarrollan en función de sus propias fuerzas impulsoras y ya no paralelamente en modo alguno.

⁶⁷ WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», *Der Staat*, 20 (1980), pp. 485 y ss.; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1999, § 2 III; BOCKENFÖRDE, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik», *NJW*, 1976, pp. 2089, 2097 y 2091, acerca de la consideración de la Constitución como ordenamiento marco; *id.*, «Grundrechte als Grundsatznormen», *Der Staat*, 29 (1990), pp. 1, 23 y ss. y 30 y ss.; con actitud crítica a ese respecto BADURA, *Grundrechte als Ordnung* (nota 33), § 20 núms. 9 y ss.

nal de los años cincuenta del Estado constitucional, cuando este ya se encontraba firmemente asentado. Bien es cierto que después de 1960 hubo aún importantes hitos, por ejemplo, la sentencia constitucional del *Spiegel*⁶⁸ *, la eliminación de algunas relaciones especiales de sujeción y otros temas; pero en ese momento el ordenamiento ya no podía ser entendido exclusivamente desde el punto de vista de que el Derecho legal cumple y concreta la Constitución o desarrolla sus contenidos dándoles su oportuna formulación. Conforme pasa el tiempo, la Constitución va asumiendo en medida creciente el papel de ordenamiento marco⁶⁹. Hay numerosos indicios de que la Constitución, en tanto que encarnación de «las nuevas buenas ideas», ha dejado su impronta en los principales aspectos de la evolución del Derecho. Esa situación se encuentra intensificada en los años iniciales de vigencia de una Constitución posterior a una dictadura. Ese ímpetu procedente de arriba y generado por la magia de los inicios no se puede mantener a la larga, si no se quiere que una de las instituciones más importantes del nuevo ordenamiento constitucional, el Parlamento, pierda su significación. Pero, en realidad, ese peligro no es real, dado que con el alejamiento de la época fundacional aparecen nuevos problemas —más abajo los veremos en la forma de desafíos planteados a las

⁶⁸ BVerfGE 20, 162.

* N. del T.: En esta sentencia, de 5 de agosto de 1966, el Tribunal Constitucional Federal, al desestimar un recurso del semanario *Der Spiegel* contra diversos autos de registro e incautación, estableció ciertas limitaciones a la libertad de prensa en aras de la seguridad nacional y con la finalidad de evitar monopolios.

⁶⁹ Que en la evolución de la República Federal se llegase, con todo, a una controversia de fondo sobre la forma de entender la Constitución se debió probablemente a que la disparidad de opiniones se complicó rápidamente con la disputa entre las escuelas de Carl Schmitt y de Rudolf Smend. Más de una vez la toma de postura acerca de la función de la Constitución sirvió para demostrar la pertenencia a uno de esos grupos. Esa contraposición se manifestó con especial fuerza cuando la historia de la ciencia del Derecho público hace referencia a los propios científicos. A ese respecto, especialmente, STOLTEIS, «Die Staatsrechtslehre der 50er Jahre», en HENNE/RIEDLINGER, *Das Luth-Urteil* (nota 3), pp. 295 y 297 y ss. Aborda detenidamente la disputa de las escuelas GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Deizision und Integration, 1949-1970*, 2004, *id.*, «Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Deizision und Integration in den fünfziger Jahren», en HENNE/RIEDLINGER, *Das Luth-Urteil* (nota 3), pp. 301 y ss.; *id.*, pp. 303 y ss., sobre la escuela de Schmitt, y pp. 307 y ss., sobre la escuela de Smend.

funciones del Estado en diversos campos y desafíos derivados de la inclusión en el contexto supranacional—; y esas nuevas situaciones y desafíos exigen soluciones que, por más que también hagan referencia a la Constitución, ya no están determinadas por ella de una forma tan primaria y decisiva como al principio: se trata de desafíos que es menester afrontar en el marco de la Constitución.

II. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO PÚBLICO EN LA PRIMERA FASE DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO

1. Panorama general de las peculiaridades fundamentales del Derecho alemán

La fase fundacional del primer decenio posterior a 1949 merece ese nombre, dado que proporcionó un sólido y duradero fundamento al nuevo Derecho público, que siempre es, simultáneamente, Derecho constitucional y Derecho administrativo⁷⁰. Sinteticemos en una visión de conjunto los elementos estructurales de ese Derecho público antes de abordar, más adelante, sus desarrollos relativos a tareas concretas.

1) En la cúspide de los nuevos elementos están la primacía de la Constitución y la *dependencia constitucional del Derecho legal* que se dedujo en Alemania de esa primacía. En el Derecho administrativo tal dependencia se reflejó en la conocida fórmula según la cual el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretado⁷¹, una fórmula que probablemente carezca de paralelos en otros países. La gran cercanía entre ambos ha conducido, en verdad, a un *Derecho público integrador del Derecho constitucional y del Derecho administrativo*⁷². A la dogmática del Derecho público vigente

⁷⁰ A ese respecto ya WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11), pp. 496 y ss.; *id.*, «Zwei Phasen» (nota 3), pp. 414 y ss.

⁷¹ WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *DVBZ.*, 1959, p. 527 (= *id.*, *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971, pp. 212 y ss.); véase, también, STOLLEIS, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 2), p. 227.

⁷² BACHOF, *Verfassungsrecht* (nota 51), p. 7, dice, para introducir en ambas crónicas de jurisprudencia la sección dedicada al Derecho constitucional, que: «La Administración alemana nunca ha sido tan "dependiente de la Cons-

le gusta recordar la diferencia entre las épocas, especialmente mediante la contraposición casi ritual del *dictum* de Otto Mayer de 1924 («El Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece»)⁷³ y la fórmula de Fritz Werner.

2) Del tan impetuoso como exitoso transcurso de la historia de (la expansión de) los derechos fundamentales⁷⁴ mencionaremos aquí tan solo su punto culminante: con el descubrimiento de la *dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales* en la sentencia *Liith*⁷⁵, el Derecho alemán en su conjunto recibió su cimiento constitucional duradero. Ese descubrimiento llevó —y así sigue siendo hoy— a la impregnación de la denominada legalidad ordinaria por el Derecho constitucional (*constitucionalización* del ordenamiento jurídico)⁷⁶. La doctrina, fundamentada en la sentencia *Liith*, de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales puede ser considerada como la innovación teórica

titución" como hoy en día. Ello se debe principalmente a que la Administración está más ligada a la Constitución en lo tocante a su objeto, a la actualización de los derechos fundamentales mediante la declaración de su carácter directamente vinculante (apartado 3 del art. 1 de la GG, apartamiento de la doctrina del principio programático) y, en último lugar, pero no por ello menos importante, a la gran ampliación de las facultades judiciales de control»; véase también p. 122.

⁷³ MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1924, vol. I, prólogo, p. VI.

⁷⁴ Sobre ello es fundamental HESSE, «Bedeutung der Grundrechte», en BEND/MÄHNER/VOGEL (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1.ª ed., 1985, pp. 79-106 (con más importancia histórica), 2.ª ed., 1994, § 5 pp. 127 y ss.; SCHMIDT, «Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland», en SIMON (nota 1), pp. 188 y ss.; HENNE, «Von 0 auf "Liith" in 6 ½ Jahren. Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung», en *id.*/RIEDLINGER, *Das Liith-Urteil* (nota 3), p. 197; STOLLEIS, *loc. cit.*, p. 298; desde 1949 hasta 1972, este último año incluido, el Derecho público de la República Federal estuvo dominado por los temas del Estado de Derecho y de la creciente irratificación de los derechos fundamentales. Acerca de la evolución de los derechos fundamentales «desde la escisión hasta la unificación de Europa» KLEIN, «Von der Spaltung zur Einigung Europas», en MERTEN/PAYER (eds.), *Handbuch* (nota 3), § 5, ndms. 4 y ss. (con referencias a la doctrina).

⁷⁵ BVerfGE 7, 198; sobre el entorno histórico y los efectos de la sentencia, HENNE/RIEDLINGER, *Das Liith-Urteil* (nota 3).

⁷⁶ Al hablar de la constitucionalización del Derecho ordinario se quiere subrayar que el Derecho ordinario no se puede modificar a discreción, sino que en determinadas partes se revela como concreción de la Constitución y por ello —según suele suponerse— no es modificable: a ese respecto WAHL, «Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerbegriff?», en EBERLE/BAUER/LORENZ (eds.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, 2002, pp. 191 y ss.

más importante tras 1949⁷⁷. Se hallaba en total consonancia con las corrientes de fondo intelectuales de aquellos años, sumamente receptivas para los valores y el modelo de un orden de valores objetivo, y también necesitadas de ellos. La sentencia *Lüth* es la partida de nacimiento del pensamiento autónomo y específicamente alemán basado en los derechos fundamentales bajo la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales cobraron una dimensión que antes no tenían⁷⁸, y, al mismo tiempo, se convirtieron en las normas materiales de más alto rango del ordenamiento jurídico: dejaron su impronta no solo en el Estado, sino también en la sociedad⁷⁹.

En relación con la fase inicial de la República Federal se puede hablar, por ello, de un (re)nacimiento del ordenamiento jurídico desde el espíritu de los derechos fundamentales⁸⁰. Además, los derechos fundamentales, tan fuertemente expansivos en su significación, fueron la base material para el triunfo de la jurisdicción constitucional alemana, cuyas competencias tienen un alcance desconocido en otros países. Por último, esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales fue —y sigue siendo— un descubrimiento determinante para todo el Derecho público alemán, porque ha contribuido decisivamente al alto grado de juridización de la vida política⁸¹, a mantener la cercanía entre Derecho constitucional y Derecho ordinario y a la omnipresencia del Derecho constitucional en todo el ordenamiento. Nada en la ley es ajeno a la Constitución, podría decirse. Está fuera de toda duda que el descubrimiento y la dogmatización de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales *marcaron el camino* de la evolución del Derecho. De ese modo, se dio origen a una senda evolutiva propia del Derecho público alemán⁸².

⁷⁷ A ese respecto y sobre lo que sigue Wahl, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núm. 1.

⁷⁸ Así, también, Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, p. 11 (la sentencia *Lüth* era «perfectamente consciente de que abordaba cuestiones de principio»).

⁷⁹ GRUMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, pp. 408 y ss.

⁸⁰ Wahl, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núm. 1.

⁸¹ A causa del mencionado salto cualitativo en la significación de los derechos fundamentales la vivulación del legislador con respecto a ellos aumentó exponencialmente.

⁸² Decisiones de ese tipo, que marcan el camino del futuro, dan lugar a una peculiar y muy sólida implantación de la correspondiente institución

3) La vinculación de la legislación administrativa a los derechos fundamentales condujo necesariamente a un *Derecho administrativo marcado por los derechos fundamentales*. A causa de esa vinculación, el Derecho administrativo vive junto al Derecho constitucional. El Derecho administrativo depende de la Constitución en su génesis, en su ulterior vigencia y en su interpretación. No solo la aplicación de las leyes (por la Administración), sino también su surgimiento y su interpretación están y permanecen determinadas por el principio del Estado de Derecho y por los derechos fundamentales. «Estado de Derecho» significaba hasta 1933 la vinculación de la Administración al aplicar la ley en cada caso particular⁸³. Tras 1949 la vinculación por los derechos fundamentales y el Estado de Derecho tienen también y precisamente a las leyes administrativas «en el punto de mira»: como Derecho constitucional de rango preferente aspiran precisamente a determinar las leyes.

4) La subjetivación del ordenamiento jurídico-administrativo y la efectiva vigencia de sus normas fueron fortalecidas y, realmente, llevadas a su plenitud por la garantía de una *tutela judicial omnicompreensiva*. El apartado 4 del art. 19 de la GG fue entendido —en palabras de Richard Thoma— como un «audaz precepto» que constituía la «clave de bóveda del Estado de Derecho»⁸⁵. De esa forma, también quedaba puesto, al mismo tiempo, el fundamento del denominado «Estado de la vía judicial» o «Estado de la tutela jurídica en el Derecho y en la vida jurídica. A consecuencia de ello se va formando un modo general de ver las cosas muy eficaz, en el que se socializa a los estudiantes y que deja una fuerte impronta tanto en las profesiones jurídicas como en la ciencia. Los juristas alemanes piensan en términos de dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

⁸³ Igualdad en la aplicación, correcto ejercicio de la discrecionalidad, proporcionalidad del medio concreto empleado.

⁸⁴ Esas reflexiones están referidas (con el fin de poner de manifiesto lo novedoso) a la Administración ejecutiva, especialmente a la Administración interventora (y no tanto a la Administración configuradora).

⁸⁵ Thoma, *Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Recht – Staat – Wirtschaft*, III, 1951, p. 9; como derecho fundamental principal de carácter material del apartado 1 del art. 1, puesto en relación con principal de carácter material del apartado 1 del art. 1, puesto en relación con el apartado 1 del art. 2 de la GG) entiende el apartado 4 del art. 19 Klein, «Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes», VVDStRL, 8 (1950), pp. 67 y 88.

dicial», que, en lo sucesivo, fue entendido por la doctrina dominante, pese a algunas críticas en casos extremos, como elemento esencial del ordenamiento jurídico alemán. Una consecuencia de la expansión de la tutela judicial y de la dominancia del pensamiento informado por la tutela judicial fue la *fuerte orientación judicial del Derecho público alemán*⁸⁶. La jurisdicción administrativa muestra una gran «capacidad de penetración» para afinar la interpretación en todos los campos del Derecho que le son propios⁸⁷. Gracias a la multiplicitad de las resoluciones judiciales, el Derecho público se va haciendo progresivamente más rico y se va desplegando su contenido; se matiza cada vez más; y, a causa de la orientación típicamente judicial al caso concreto, adopta la forma de la jurisprudencia tónica⁸⁸. Parafraseando una conocida expresión proverbial*, cabe afirmar que dos ordenamientos jurídicos que digan (materialmente) lo mismo se diferencia-

⁸⁶ Sobre esto ya WAHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, 41 (1983), pp. 151, 156 y enunciado 2.

⁸⁷ El triunfo de la jurisdicción administrativa puede calificarse de absoluto. Fue la jurisprudencia la que introdujo las más relevantes modificaciones en el Derecho administrativo. La eficacia práctica de una norma depende en enorme grado de si sus disposiciones están sometidas o no a su aplicación e interpretación judicial. Un Derecho que anteriormente estaba más bien en el papel recibió súbitamente una acurada imponibilidad. Eso sucede con todas las disposiciones referidas a terceros o a vecinos. Cuando, ya al final de los años sesenta, comenzó el reconocimiento de la posibilidad de los vecinos de recurrir contra la concesión de una licencia de obra y la protección del tercero se extendió a las licencias de instalaciones de todo tipo, a los procedimientos de aprobación de planes y proyectos sectoriales y a las licencias medioambientales, importantes partes del Derecho legal recibieron un «moriente» y una efectividad jurídica de los que hasta entonces carecían. La posibilidad de recurrir mostró que las correspondientes normas y los elementos de sus presupuestos de hecho eran Derecho puro y duro.

⁸⁸ SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), p. 222.

* N. del T.: El autor se refiere a la frase que utilizó SMEND para referirse a la circunstancia de que, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones entre el Estado y las iglesias, la GG dispusiera la vigencia directa de los mismos preceptos que regulaban esa materia en la Constitución de Weimar (art. 140 GG): «*Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe*» [SMEND, «*Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*», *Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht*, 1 (1951), p. 4]; que aquí podría traducirse por «aunque dos Constituciones digan lo mismo, quieren decir cosas distintas», por el diferente contexto normativo en el que debían ser interpretados los mismos preceptos.

rán profundamente, sin embargo, si uno cuenta con una tutela judicial omnicomprensiva y el otro no⁸⁹.

5) El descubrimiento y el firme asentamiento del *tercero en el Derecho administrativo* se traducen en una notable ampliación del alcance del Derecho público. También esta evolución ha sido suscitada por la idea de la condición de sujeto del individuo, la interpretación de los derechos fundamentales y los efectos de la garantía de la tutela judicial. Dicha evolución ha conducido prácticamente a una duplicación de los problemas tratados y solucionados por el Derecho administrativo: si en su lectura clásica, hasta comenzados los años sesenta, las normas del Derecho administrativo concedían facultades a la Administración frente al destinatario de las mismas, de su nueva lectura resultó para cada vez más normas un derecho del tercero frente a la Administración. Como resultado de la ampliación de los derechos públicos subjetivos de terceros y vecinos, fue aumentando progresivamente el número de las normas que se entendían tanto como normas que concedían facultades a la Administración como, al mismo tiempo, en calidad de normas que reconocían derechos a los terceros; y ello sin que su tenor literal hubiese cambiado respecto de la época del Derecho administrativo clásico. Estamos ante uno de los mayores logros de la interpretación y el desarrollo del Derecho por la doctrina y la jurisprudencia.

Esta lista —incompleta⁹⁰— de elementos estructurales del Derecho público bajo la Ley Fundamental ilustra qué intensa y sistemáticamente están unidos entre sí los principios del Derecho constitucional y los del Derecho administrativo y cómo forman en conjunto un Derecho público coherente. Tienen un fuerte cimiento común que se puso en la especial situación dada en la fase fundacional, pero que, hoy en día —y ya desde hace mucho tiempo—, sigue actuando por sí

⁸⁹ O bien, formulando la misma idea de otro modo: nada distingue más a dos ordenamientos jurídicos que la existencia de (considerables) diferencias en lo tocante a la tutela judicial. Aun cuando los dos ordenamientos sean cercanos en las reglas materiales, las diferencias en el alcance y la intensidad de su posible judicialización crean divergencias que es imposible sobreestimar.

⁹⁰ Sobre el importante tema de la *fobia* hacia los márgenes de configuración de la Administración, véase más adelante II.4.

mismo, cuando la situación ha cambiado y ya no se es consciente de dónde procede este elemento estructural del Derecho público alemán.

2. El Derecho administrativo marcado por los derechos fundamentales

Tras la dogmática de los derechos fundamentales, el Derecho administrativo fue el segundo campo de experimentación del nuevo Derecho público⁹¹. La novedad del Derecho administrativo posterior a 1949 reside en que se trata de un Derecho administrativo que está basado en los principios del Estado de Derecho y marcado por los derechos fundamentales. Para la Administración la ley ya no está «cerrada», ya no es un punto de partida indubitable de su actuación, sino que las leyes deben ser examinadas permanentemente desde la perspectiva de su constitucionalidad, al igual que toda aplicación de la ley a un caso particular está sometida a criterios y controles constitucionales. En suma, el Derecho administrativo lleva en su seno el pensamiento constitucional y las instituciones jurídicas constitucionales⁹². Esta cercanía entre *Derecho constitucional* y *Derecho administrativo* es una peculiaridad del Derecho alemán: en esa forma tan intensa no se encuentra en la mayor parte de los ordenamientos europeos. Tan fundamental cercanía ha recibido en el Derecho alemán toda una serie de acertadas caracterizaciones: a la cabeza de ellas está la atinada fórmula —ya mencionada— que presenta al Derecho administrativo como Derecho constitucional concretado (Fritz Werner)⁹³. Otras fórmulas hablan de la im-

⁹¹ El cambio no es menos llamativo que en el Derecho constitucional. Resulta especialmente claro si tomamos como referencia el Derecho administrativo anterior. No obstante, el nivel de los estudios anteriores sobre el acto administrativo, en la forma del impresionante desarrollo que dio a la ciencia del Derecho administrativo Otto Mayer y de la continuación de ese desarrollo en el Derecho administrativo de Weimar (Fleiner, Jellinek), es indiscutiblemente alto, también en una comparación internacional.

⁹² Las leyes del Derecho administrativo ya no son los fundamentos jurídicos incontestables de la Administración, sino que ahora las leyes administrativas dependen de la Constitución.

⁹³ A ese respecto, recientemente, SCHÖNBERGER (nota 54) y SCHMIDT-ALSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), pp. 10 y ss., núms. 18

pronta constitucional o de la dependencia constitucional del Derecho administrativo⁹⁴ (y, en general, de todo el Derecho ordinario); o, recientemente, también de la constitucionalización del ordenamiento jurídico⁹⁵. Dicha cercanía encuentra expresión, asimismo, en la composición de la correspondiente comunidad científica: la asociación alemana de «profesores de Derecho público» (*Staatsrechtslehrer*) es, sin más, también, la asociación de los administrativistas. Y de los profesores alemanes de Derecho público, constitucional y del Estado se espera que estén igualmente familiarizados con el Derecho administrativo⁹⁶.

Lo que en Alemania surgió en los años cincuenta podría denominarse como un *Derecho administrativo de un segundo nivel de desarrollo*. El primer nivel, el Derecho administrativo marcado en sentido estricto y específico por los principios del Estado de Derecho, se encuentra en una forma comparable en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos europeos⁹⁷. Se dirige principalmente a limitar y encauzar las intervenciones del poder ejecutivo. Ese Derecho administrativo marcado por los principios del Estado de Derecho for-

y ss.; *id.*, «Das Allgemeine Verwaltungsrecht vor den Herausforderungen neuer europäischer Verfassungsstrukturen», en HALLER *et al.* (eds.), *Staat und Recht: Festschrift für Günther Winkler*, 1997, p. 999: el modelo de la creación de la Constitución por el Derecho administrativo como el rasgo más importante de la evolución de la Administración bajo la Ley Fundamental.

⁹⁴ El Derecho administrativo como Derecho constitucional concretado es solo un caso especial y la aplicación que ha llegado a ser más llamativa del principio general de que todo Derecho ordinario es Derecho constitucional concretado. Ese rasgo que atraviesa todo el Derecho administrativo hace que los constitucionalistas extranjeros se sorprendan no poco al saber que en Alemania ciertos problemas de Derecho social, por ejemplo, son cuestiones constitucionales.

⁹⁵ SCHÜPPE/BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, a ese respecto, también, WAHL, «Konstitutionalisierung» (nota 76), p. 192.

⁹⁶ Acerca del diferente modo de ver las cosas en Francia e Inglaterra, RUPPERT, «Die Methodik der Verwaltungswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union», en SCHMIDT-ALSMANN/HOFFMANN-RIEM (eds.), *Methoden* (nota 2), pp. 165 y ss.

⁹⁷ Nada tiene de extraño. En todas partes la moderna economía del tráfico y del mercado necesita un «marco» jurídico. Son indispensables intervenciones y regulaciones, pero, al mismo tiempo, esas sociedades necesitan seguridad jurídica y previsibilidad: el Derecho administrativo informado por los principios del Estado de Derecho justifica y limita las facultades de actuación del Estado.

ma parte del equipamiento normal de todos los Estados que han llegado a ser Estados constitucionales en un sentido relativamente exigente de ese adjetivo; se trata de un estadio evolutivo necesario. Frente a ello —y hay que subrayarlo en interés de una comprensión y una imagen de sí mismo ciertas— el Derecho administrativo de la República Federal, marcado por los derechos fundamentales (y, obviamente, también por los principios del Estado de Derecho), constituye, en gran medida, una peculiaridad alemana.

El Derecho administrativo marcado (también) por los derechos fundamentales debe su surgimiento —digámoslo una vez más— a la decisión fundamental y de amplias consecuencias tomada en el apartado 3 del art. 1 de la GG. Con arreglo a este precepto constitucional, los derechos fundamentales vinculan no solo a la Administración, sino, también y precisamente, al legislador que dicta el Derecho administrativo. Al asimilar esas vinculaciones constitucionales, el Derecho administrativo deviene, él mismo, Derecho de impronta constitucional y concretador de la Constitución. Esa cercanía existe no solo al principio, cuando se dictan las leyes administrativas. Y es que la ley misma guarda respecto de la Constitución una constante relación de derivación, justificación y control. Si antes de 1949 la ley era el eje y el criterio de toda actuación administrativa, en los años cincuenta se aprendió que las normas reguladoras de las licencias y autorizaciones contenidas en la Ley de farmacias (*Apothekengesetz*) o en la Ley de oficios industriales y artesanales (*Handwerksordnung*) podían atentar contra el art. 12 de la GG; o, al menos, que primero había que interpretarlas de modo conforme a la Constitución⁹⁸. El cambio producido —que, no obstante, no impide que siga rigiendo el importante principio anterior— también se puede describir así: si antes solo contaba el principio de legalidad de la Administración, ahora cuenta, adicionalmente, la constitucionalidad de la ley⁹⁹. Si antes solo

⁹⁸ En este sentido los derechos fundamentales y, sobre todo, el principio de proporcionalidad, se han introducido en el Derecho administrativo «hasta dentro».

⁹⁹ Un cambio distinto fue señalado por Dürig en MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 1, núm. 106: el anterior principio de la «legalidad de la Administración» se convirtió, dice, en el principio de la «directa constitucionalidad de la Administración».

contaba la *reserva de ley*, hoy en día cuenta la *reserva de ley conforme a la Constitución*.

Los derechos fundamentales y el principio del Estado de Derecho —por mencionar solo lo más relevante— siguen siendo eficaces en el plano de las leyes administrativas de modo duradero y en todos los terrenos. A su interpretación le son aplicables las reglas metodológicas de la interpretación orientada por la Constitución y de la interpretación conforme a la Constitución. Esto genera una constante dirección de la mirada del administrativista, y también del juez administrativo, hacia arriba, hacia la Ley Fundamental; o, más exactamente, un constante ir y venir de la mirada entre uno y otro nivel del Derecho. El principio de proporcionalidad, extendido a la totalidad del Derecho público, dirige tanto la ley abstracta-general como los actos concretos de su aplicación.

Son múltiples las formas en que el Derecho administrativo de la Ley Fundamental se revela como Derecho constitucional concreto. Donde primero se espera esa característica es en la legislación, cuando en la fase de génesis de las leyes se enumeran detalladamente y se atiende a los «criterios» y requisitos constitucionales; y cuando en las memorias justificativas de los proyectos de ley se da respuesta a esos mismos criterios. No menos intensos son los efectos de la omnipresencia del Derecho constitucional en la interpretación de la ley efectuada por la doctrina y, después —con especial fuerza—, en la interpretación de las disposiciones legales por la jurisprudencia. Además de en los casos de expresa interpretación conforme a la Constitución —que no son pocos— la impronta constitucional se muestra en el día a día del proceder metodológico denominado interpretación *orientada* por la Constitución¹⁰⁰. Para aplicarlo no se espera a constatar una oposición entre una posible interpretación de la ley administrativa y la Constitución, sino que, ya de antemano, se elige para la interpretación una variante que resulte de la orientación por los requisitos constitucionales, los valores constitucionales, etc. Una modalidad que cabe

¹⁰⁰ STERN, *Staatsrecht* (nota 39), vol. I, 1977, § 4 III 8 d, distingue la conformidad con la Constitución de la orientación por la Constitución.

encontrar con frecuencia en la doctrina y en la jurisprudencia consiste en que un precepto legal que está en incuestionable conformidad con la Constitución se corrobora y confirma afirmando adicionalmente que su contenido viene incluso exigido por la Constitución¹⁰¹. Forma parte del modo en que el Derecho público alemán se entiende a sí mismo —y de lo que en él se considera obvio— que los enunciados del Derecho ordinario sean corroborados frecuentemente de nuevo, en el segundo nivel, con la constatación de que el resultado obtenido en el plano del Derecho ordinario está en correspondencia con la Constitución. En los campos específicos del Derecho administrativo estudiados más abajo la impregnación del Derecho legal por el Derecho constitucional será una constante.

3. El cometido específico de la parte general del Derecho administrativo como instancia mediadora entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo especial

Como es natural, en el proceso de impregnación constitucional del Derecho administrativo en su conjunto desempeñó un particular cometido, específicamente, la parte general del Derecho administrativo, pues no en vano por él han de pasar, transformándose, las exigencias tomadas del Derecho constitucional para acceder a los numerosos campos del Derecho administrativo especial¹⁰². En la estructura total del

¹⁰¹ El ejemplo estándar es el de todas las licencias para las que existe un derecho previo a obtenerlas. Se suele añadir la afirmación de que no podía ser de otro modo, porque la Ley Fundamental, aplicable en todos esos casos, exige que exista ese derecho si se cumplen las condiciones que configuran el supuesto de hecho de la norma. Ese comentario se añade también cuando —según sucede, por ejemplo, en el caso del derecho a obtener una licencia de obra— no hay absolutamente nadie que propusiera que el otorgamiento de la licencia fuera discrecional.

¹⁰² El texto sigue a WAIL, «Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ALKMANN/SCHUPPERT (eds.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, p. 177. Una concepción propia del «Derecho administrativo general como idea ordenadora» ha sido elaborada y posteriormente ampliada por Schmidt-Alkman en las sucesivas versiones de su trabajo así titulado (primeramente expuesto como conferencia ante la *Juristische Studiengesellschaft* de Karlsruhe con el título *Das allgemeine*

Derecho público —en su arquitectura, si se quiere— la parte general del Derecho administrativo ocupa la posición de una pieza central del sistema que, al mismo tiempo, actúa como mediadora entre el Derecho constitucional y los campos del Derecho administrativo especial. En el Derecho administrativo general tienen lugar desarrollos de arriba hacia abajo, desde la Constitución hacia los distintos campos del Derecho concretos; y, a la inversa, desde las necesidades objetivas de los distintos campos del Derecho concretos hacia el Derecho constitucional (ejemplos a los que se aludirá más adelante: significación del procedimiento, tratamiento del riesgo, etc.).

Esa función de correa de transmisión de las decisiones constitucionales fundamentales a la multiplicidad de las leyes administrativas dejó su impronta rápidamente en el Derecho administrativo general posterior a 1949. Tal cometido se percibe fácilmente en los detallados pasajes de temática constitucional de los manuales de Derecho administrativo general. También ha cobrado realidad en el permanente diálogo de los tribunales administrativos con las instituciones del Derecho constitucional. Dada su ubicación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo especial, la parte general del Derecho administrativo cumplió —como se ha dicho— una función de mediadora, por cuanto trasladaba nuevas soluciones elaboradas en el plano constitucional a todos los campos del Derecho administrativo especial. A modo de ejemplo cabe mencionar el nuevo planteamiento con que se abordó la cuestión de la eliminación de los efectos del acto administrativo ilegal. Para la doctrina clásica, que siguió siendo representada, por ejemplo, por Ernst Forsthoff, la única solución posible era revisar el acto administrativo contrario a Derecho, precisamente porque era una vulneración de la ley. Detrás de eso estaba la fundamentación —en ocasiones, alegada enfáticamente— de que el Estado de Derecho se desnaturalizaba si mismo si no eliminase cualquier forma de ilegalidad de su seno. El peso de esa ar-

ne *Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982, después publicado como *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.ª ed. en 1998, 2.ª ed. en 2004, véase ya nota 42.

gumentación solo se podía contrarrestar con el principio —asimismo, constitucionalmente fundado— de la protección de la confianza legítima, que Otto Bachof construyó, en parte, con apoyo en el principio del Estado de Derecho y, en parte, en los derechos fundamentales. Al final, teníamos soluciones nuevas y más matizadas, que, después, en calidad de «principios del Derecho administrativo general» (y, más tarde, como regulaciones de las leyes de procedimiento administrativo), trasladaban esas innovaciones al Derecho administrativo en su conjunto.

4. El Derecho administrativo de orientación judicial

Una innovación tuvo efectos que difícilmente se podían prever *ex ante* y cuya importancia difícilmente se puede exagerar *ex post*. Nos referimos al fundamental cambio que comportó la garantía omnicomprensiva de la tutela judicial del apartado 4 del art. 19 de la GG y su puesta en práctica por la cláusula general del § 40 de la Ley de la jurisdicción administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, en adelante VwGO). El Derecho administrativo pasó de ser un Derecho dirigido primariamente a la Administración para regular su actuación ejecutiva (y gubernativa) (Derecho de la Administración) a ser un Derecho de orientación individual y, al mismo tiempo, judicial¹⁰³.

El Derecho administrativo dejó de ser una materia que interesaba, ante todo, a los funcionarios de la Administración y a los funcionarios ministeriales que preparaban las leyes. A partir de ese momento se añadieron a los grupos de profesionales interesados por el Derecho administrativo, junto con los jueces administrativos, los abogados, con un papel cada vez más activo, a causa de la rápida proliferación de procesos en la jurisdicción administrativa. Los beneficia-

¹⁰³ Obviamente, todo esto empezó ya antes de 1945 y fue la jurisdicción administrativa moderna que arrancó en 1863 la que a través ya ese proceso de cambio. Por ello, los tribunales administrativos superiores de los distintos *Länder*, más claramente que ningún otro el Tribunal Administrativo Superior Prusiano (*Preussisches Obergerverwaltungsgericht*), desempeñaron exactamente ese mismo cometido, en el marco y para el campo de su jurisdicción, ya hasta 1933.

rios de esa expansión fueron —y siguen siendo— los particulares que, a través de las diversas modalidades de recurso jurisdiccional, adquirieron visiblemente una posición que los ponía en pie de igualdad con la Administración. Dicho figuradamente: la jurisdicción administrativa hizo bajar al Derecho administrativo del pedestal que comparía con las altas esferas de la estatalidad y lo situó a ras de tierra, en el plano de un Derecho regulador de relaciones entre la Administración y los particulares, tan marcado por los derechos subjetivos individuales —ya sean esos derechos meramente defensivos o ya faculten a exigir prestaciones— como por los deberes de los funcionarios y los límites establecidos para la actuación de estos últimos.

No es este el lugar para estudiar tan fundamental cambio en todas sus dimensiones. Se modificó —como acabamos de decir— el círculo de las profesiones jurídicas que se ocupaban del Derecho administrativo. Se incorporaron a ese círculo muchos jueces y abogados. Lo mismo sucedió con la doctrina, que preparó un gran número de comentarios, empezó a especializarse y creció hasta alcanzar una dimensión cuantitativa insospechada. La ciencia del Derecho administrativo cambió, en parte, su orientación, alejándose de la exposición de los grandes contextos sistemáticos y acercándose al comentario y al tratamiento del cada vez más abundante material jurisprudencial. La ciencia del Derecho administrativo devino, en suma, ciencia de la jurisprudencia administrativa.

Aquí no es posible hacer otra cosa más que remitir a algunos cambios materiales decisivos, a la revalorización del derecho subjetivo o la más matizada doctrina sobre la discrecionalidad de la Administración. El diálogo jurídico en torno al Derecho administrativo se intensificó y esa circunstancia era ya por sí sola un enorme paso hacia una ulterior jurisdicción. A la copiosa actividad del legislador en materia administrativa se añadía por el poder judicial el matiz y la profundidad que enriquecían el ámbito material correspondiente con ocasión de la aplicación del Derecho. El Derecho administrativo posterior a 1949, surgido de todo ello, ya no admite comparación con sus precursores anteriores a 1933. Entre ambos hay un salto cualitativo de refinamiento y sofisticación dogmáticos, de mayor cientificación y, al mis-

mo tiempo, a través del diálogo permanente con la jurisdicción administrativa, de mayor orientación a la praxis administrativa. El peso del Derecho en el cumplimiento de la tarea estatal de administrar se incrementó considerablemente. Nunca se subyará lo suficiente la importancia de las repercusiones de la cláusula general de control por los tribunales de la actividad administrativa y del ascenso de la jurisdicción administrativa al puesto de coautor del contenido material del Derecho administrativo. Su historia aún no se ha escrito.

5. La juridización como característica general del Derecho público tras 1949

Como línea de fondo ininterrumpida y como la señal distintiva más abstracta de la senda evolutiva alemana cabe señalar la *progresiva juridización y judicialización*¹⁰⁴. En primer lugar, el círculo de los problemas político-sociales que se abordan en Alemania aplicando *reglas jurídicas* es de radio sumamente amplio, probablemente mayor que en cualquier otro país. En segundo lugar, el círculo de los conflictos político-sociales que en Alemania pueden ser dirimidos por *jueces* es, asimismo, extraordinariamente extenso y probablemente mayor que en cualquier otro país. Ambas tendencias principales, la juridización material y la judicialización, están tan firmemente ancladas en el Derecho público alemán, a resultas de su hondura e intensidad en las fases iniciales, que han cobrado una especie de dinamismo propio que las hace desarrollarse por sí solas, debido también —y no es el factor menos importante— a que los profesores de Derecho público hacemos que los estudiantes se imbuyan ya en la universidad en ese modo de ver las cosas. Son esas las características que permiten hablar de una senda evolutiva específica de Alemania.

La idea de fondo de «senda evolutiva» está fuertemente asociada con el concepto, que se sigue de dicha idea, de de-

¹⁰⁴ A ese respecto, detenidamente, WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núm. 27, bajo el título: La dimensión jurídica objetiva como fundamento del Derecho público alemán; *id.*, «Die zweite Phase» (nota 11), pp. 496 y ss.

pendencia de esa senda. Si el Derecho público posterior a 1949 se halla tan sólidamente construido sobre esas ideas fundamentales, debe ser muy improbable que estas pudieran ser abandonadas rápidamente y —si se permite la expresión— a las primeras de cambio o ante las primeras críticas. Muy al contrario, se puede contar con que esas ideas de fondo, que dejan su impronta en la senda evolutiva, desarrollen una considerable resistencia frente a los cambios. Aparece, en suma, no solo una senda evolutiva, sino un camino propio, incluso un camino particular alemán, si se quiere. Por provocadora que parezca la expresión «camino particular», si atendemos a su contenido, no significa mucho más que la obviedad de que, en último término, todos los itinerarios evolutivos son singularidades, es decir, caminos particulares.

las nuevas funciones estatales que han ido añadiéndose a las tradicionales tareas del Estado¹⁰⁵.

A continuación trataremos la historia del Derecho público tras la fase fundacional¹⁰⁶ desde un doble punto de vista. Abordaremos, por un lado, los desafíos que plantean al Derecho los nuevos tipos de problemas sociales o las nuevas funciones del Estado¹⁰⁷. Por otra parte, esa tarea permanente de la evolución (e innovación) del Derecho se valorará desde la perspectiva de que la modificación de los presupuestos constitucionales (en 1949) hace que no estemos ante mera política legislativa, de modo que la voluntad política del legislador no es el único factor decisivo, sino que, a su vez, esa voluntad se ve en parte determinada por el Derecho constitucional. Como consecuencia de la relación fundamental existente entre un Derecho con primacía, el constitucional, y un Derecho dependiente, el legal, toda modificación de las leyes recibía una doble cualidad: era política legislativa libre en el plano del Derecho legal, pero, al mismo tiempo, estaba parcialmente determinada por el Derecho constitucional; y en esa misma medida, por lo tanto, era parte integrante de un contexto de derivación immanente al Derecho.

C. DESARROLLOS JURÍDICOS TRAS LA FASE FUNDACIONAL: RESPUESTAS A CAMBIOS SOCIALES Y A NUEVAS FUNCIONES DEL ESTADO

I. CAMBIO SOCIAL - NUEVAS FUNCIONES DEL ESTADO - REACCIÓN COMPLEJA DEL DERECHO

1. Limitación del tema a las reacciones del Derecho administrativo

En lo que sigue habremos de limitarnos a determinados temas centrales. Por razones de espacio no podremos dedicar la misma atención a todas las líneas evolutivas, ni profundizar por igual en todos los períodos de tiempo. Ni siquiera podremos tratar por igual las evoluciones aisladas del Derecho constitucional y del Derecho administrativo, entre otros motivos, porque pondremos el acento de la exposición en el nuevo Derecho público, que integra el Derecho administrativo y el Derecho constitucional. Tras haber destacado para la fase fundacional, según parecía poco menos que obligado, la fundamentación constitucional y lo novedoso de la Ley Fundamental, así como el consiguiente establecimiento «desde arriba» de los correspondientes criterios directivos, en los siguientes apartados invertiremos la dirección de la mirada y centraremos nuestra atención en las reacciones del Derecho público a los desafíos y exigencias procedentes de

¹⁰⁵ La consecuencia de esa forma de proceder es que las evoluciones del Derecho constitucional, tanto en su parte dedicada a los derechos fundamentales como en la concerniente a la organización, ya no se tienen en cuenta en detalle. No se abordan tampoco los cambios dogmáticos producidos en las figuras básicas del Derecho administrativo general (como la reserva de ley, la discrecionalidad, el margen de libre apreciación, la revocación y la revisión del acto o el procedimiento administrativo). La exposición presenta una laguna sensible, pero que por razones de espacio no se puede llenar aquí, en lo que respecta al Derecho público derivado del principio del Estado social: a ese respecto, de forma representativa de otros muchos autores: BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, 1966; *id.*, «Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat», *DOV*, 1966, pp. 624 y ss.; *id.*, «Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat», *DOV*, 1968, p. 446.

¹⁰⁶ A continuación se dedica detallada atención a la planificación, dado que, como siempre, el camino a seguir se marca al principio.

¹⁰⁷ De forma similar, aunque le interesan más, o predominantemente, las cuestiones metodológicas, BUMKE, «Methodik» (nota 2), pp. 73 y ss.; y VOLKWEITHE, «Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht», en WILLOWITZ (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlags C. H. Beck, Dr. iur. Hans Dieter Beck zum 75. Geburtstag*, 2007.

La exposición se centrará en la reacción del Derecho público a los más variados fenómenos de cambio social. Por ello, estudiaremos con singular interés ciertos campos del Derecho administrativo especial. En esa parte del Derecho administrativo el Derecho público se acerca con particular intensidad a los problemas concretos. El Derecho administrativo especial —tal es su peculiaridad— está referido de suyo a realidades concretas.¹⁰⁸ De ahí que suela ser el primer campo del Derecho que se ve enfrentado a nuevos problemas procedentes de los ámbitos políticos. El hecho es que, a causa de su directo contacto con la evolución social y económica, el Derecho administrativo especial está determinado por una singular necesidad de adaptación e innovaciones; y de ahí en la elaboración de figuras y principios jurídicos. De la directa confrontación con los desafíos planteados en los distintos campos concretos por el cambio social surge en el Derecho administrativo especial —si la respuesta a aquellos es creativa y constructiva— lo que en palabras de Eberhard Schmidt-Aßmann se denomina un *sector de referencia*¹⁰⁹, esto es, un campo del Derecho en el que se crean y se encuentran las figuras jurídicas típicas y adecuadas para la problemática concreta de que se trate. Un sector de referencia surge de la exitosa transformación de exigencias concretas en figuras jurídicas convincentes. La formación de un sector de referencia es tarea muy exigente: Otto Mayer la abordó con éxito en lo que respecta al Derecho de policía y a todo el Derecho administrativo general de la Administración intervectora.¹¹⁰

¹⁰⁸ WAHL, «Die Aufgabenabhängigkeit» (nota 102), p. 177.

¹⁰⁹ Este concepto ha sido acuñado por Schmidt-Aßmann en *id.*, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (eds.) (nota 102), p. 14; con su forjador se debería evitar un empleo inflacionario de ese concepto. Su utilización indiscriminada amenaza con vaciarlo de contenido, y ese es el peligro que se corre cuando todo autor denomina «sector de referencia» al campo del Derecho al que aplica sus reflexiones. Un sector de referencia es como ejemplo, la aplicación de un mero ámbito concreto al que un autor cite.

¹¹⁰ Acerca de Otto Mayer STOLLERS, *Geschichte* (nota 2), vol. 2, 1992, pp. 394 y ss., 403 y ss., 407 y ss. y 414 y ss.; BACHOF, «Die Dogmatik» (nota 46), pp. 193 y 203 y ss.; V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungswissenschaft*, 1981; recientemente, SCHMIDT-DE CA-

2. Acerca de la dependencia del Derecho administrativo respecto de las funciones del Estado

Si apartamos la mirada de la fase fundacional y la dirigimos a las demás etapas de la evolución social y jurídica, la perspectiva cambia. La fase fundacional es la época de máxima significación del Derecho, toda vez que en la Constitución el Derecho alcanza su mayor y más densa fuerza rectora. Por consiguiente, domina en el Derecho el vector intelectual que va de la Constitución al Derecho legal, «desde arriba hacia abajo». En las demás fases aparecen, en cambio, nuevas necesidades, exigencias y desafíos de la vida social y económica, que se manifiestan en tipos de problemas específicos que caracterizan la época en cuestión y, jurídicamente, en los correspondientes sectores de referencia. Ahora, la dirección característica es la ascendente, «desde abajo hacia arriba»: en campos concretos y específicos de la política y de la praxis administrativa del día a día se perciben nuevas necesidades, a las que se responde con regulaciones propias o mediante leyes ad hoc. La praxis de la Administración en determinados sectores concretos y el correspondiente Derecho administrativo especial son el lugar en el que se reacciona a lo nuevo. «Lo nuevo» son *nuevas funciones del Estado*, o bien —lo que es prácticamente lo mismo— antiguas funciones del Estado que han recibido una nueva interpretación. El puente teórico que permite sistematizar lo que se va a exponer en adelante viene dado por las funciones del Estado.¹¹¹ De ellas se sabe, al menos, que no existe una teoría cerrada y, mucho menos, exhaustiva, a pesar de lo importante que sería disponer de ella por la trascendencia que la teoría de las funciones del Estado tiene

LWE, *Der Verwaltungssatz in der Lehre Otto Mayers*, 1999, pp. 49 y ss., con la tesis introductoría: la doctrina del Derecho administrativo de Otto Mayer como «legalización del Estado policial» y la tesis de las pp. 262 y ss. de la imposibilidad de la recepción de la doctrina del Derecho administrativo de Otto Mayer en el Estado democrático y de Derecho.

¹¹¹ Sobre las funciones de la Administración como conceptos rectores de la formación del sistema, SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), pp. 154 y ss. La reflexión sobre las funciones de la Administración no pertenece al plano de la dogmática, sino que es previa a ella o de superior rango teórico: esa reflexión dirige el horizonte de atención y marca el camino al pensamiento.

como punto de partida intelectual de diversas construcciones científicas. También el tema de la dependencia del Derecho administrativo respecto de las funciones del Estado tiene una tradición relativamente larga¹¹², a la que se hace referencia de continuo, aunque, frecuentemente, con expectativas equivocadas. No cabe esperar una conexión directa y precisa de funciones concretas claramente diferentes con distintas instituciones o construcciones jurídicas de la dogmática administrativista. Por más que se caracterice una función como propia de la planificación, del Estado social o de la protección del medio ambiente, de esa mera clasificación no cabe deducir ya soluciones dogmáticas concretas. Pero lo que sí resulta plausible es la conexión de funciones identificadas pragmáticamente con problemas concretos típicos y con las soluciones jurídicas que parezcan adecuadas para superarlos. Por ello, esa caracterización como función propia de la planificación o del Estado social es valiosa y fecunda, dado que llama la atención sobre un conjunto de problemas jurídicos típicos, que se presentan con ocasión de la planificación o de las regulaciones propias del Estado social; y, al mismo tiempo, dirige la mirada a soluciones, patrones, figuras e instituciones jurídicas ya encontrados anteriormente en el Derecho de la planificación o en el Derecho administrativo social. En otro lugar al que nos remitimos, hemos presentado una tipificación de funciones estatales y del emparejamiento entre problemas y soluciones regulativas¹¹³. Allí distinguimos la Administración ejecutiva tradicional (la clásica Administración de policía aplicativa de reglas) de la Administración conformadora de la planificación; y, en paralelo, la Administración ejecutiva de la gestión de las prestaciones sociales dinerarias y la Administración conformadora de las prestaciones sociales materiales. Hoy se mencionan ríen, en cualquier caso, la Administración reguladora o la Administración garantizadora, o la Administración interna. Es de señalar el marco teórico de referencia que se

¹¹² BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, 1966; la nota 105; LINK/RESS, «Staatszwecke im Verfassungsstaat nach 40 Jahren Grundgesetz», *VVDStRL*, 48 (1990), pp. 7 y ss. y 56 y ss.; BACHOF, «Die Dogmatik» (nota 46), pp. 223-230.

¹¹³ WAHL, «Die Aufgabenabhängigkeit» (nota 102), pp. 190 y ss.

halla tras esa tipificación: la referencia a la teoría, que hoy se exige con tanta vehemencia, estaba dada también entonces, solo que no se formulaba de modo tan autorreflexivo y expreso.

En una imagen de fondo teórico-sistemática se entendieron los desafíos concretos como *input*; y la reacción estatal a ellos, en concreto, los resultados de la actuación estatal, como *output*. El lugar sistemático en el que se juzga sobre el éxito o el fracaso de las respuestas del Estado a las exigencias del presente es el *output*, el resultado global de la actuación estatal. Cuando se adopta una actitud reformista, la mirada se dirige primero al *output* del sistema administrativo y, desde ahí, se pregunta hacia atrás por los factores condicionantes que es necesario modificar si se desea obtener resultados mejores (o que reaccionen mejor a los desafíos). Ahora bien, obviamente, el resultado global de la Administración —que, como tal, es el *output* decisivo de la actuación administrativa en su conjunto— no está determinado únicamente por el Derecho (administrativo), sino que depende de una serie de factores que se pueden denominar premisas de la decisión. Entre ellos se cuentan no solo los programas materiales de actuación (las reglas jurídicas de contenido sustantivo que dirigen la actividad de la Administración), sino también la organización, el personal y la estructura de los procedimientos¹¹⁴. En el presente contexto interesa la consecuencia de estas consideraciones: el Estado reacciona a las exigencias concretas, de entrada, redefiniendo el tipo y la envergadura de sus funciones¹¹⁵.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 185 y ss. En diversos lugares, también en la p. 186, se subraya que los postulados de una organización y de una dedicación del personal que estén a la altura de las funciones que se deben desempeñar no pueden ser regulados por el Derecho administrativo. Esto distingue mi posición de la mantenida en los siguientes volúmenes de la serie «Reforma del Derecho administrativo» de HOFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (eds.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, a ese respecto, expresamente, WAHL, *loc. cit.*, pp. 315 y ss., también, pp. 309 y ss.

¹¹⁵ WAHL, «Die Aufgabenabhängigkeit» (nota 102), pp. 186 y ss., con una detenida síntesis de los pasos de derivación entre el cambio social, el cambio de las funciones del Estado y las innovaciones jurídicas.

II. LA PLANIFICACIÓN Y EL DERECHO DE LA PLANIFICACIÓN DEL TERRITORIO

1. La reacción del Derecho a la nueva función estatal en tres planos de reflexión

Ya el Derecho público anterior a 1933 había llegado en materias como el Derecho de policía o el Derecho municipal a considerables logros, también en comparación con otros ordenamientos jurídicos. El nuevo comienzo, con sus característicos impulsos hacia una más densa juridización y a la judicialización del Derecho, trajo, de entrada, modificaciones de gran calado. Pronto se presentaron nuevos desafíos resultantes del cambio social y de percepción. Como ya hemos mencionado, los cambios producidos en la economía y en la sociedad no impactan directamente sobre el Derecho y la política legislativa. Influyen sobre el Derecho a través de varias etapas intermedias y de mediación. A tal efecto poseen significación central el modo en que se entiendan las funciones del Estado y de la Administración.¹¹⁶ Precisamente con el ejemplo de la Administración que planifica u ordena el territorio y el Derecho que regula esta actuación, que es lo que aquí nos interesa, cabe mostrar un tipo ideal de la secuencia que parte del cambio social y termina en la respuesta del Derecho.

El plan urbanístico, que tras 1949 cobró mayor importancia, no se podía insertar al principio sin solución de continuidad y sin esfuerzo en las instituciones jurídicas heredadas (acto administrativo o norma). Esas persistentes dificultades de clasificación hicieron que se recurriese rápidamente a reflexiones más de fondo. La contraposición heredada entre norma y acto concreto fue interpretada como expresión de una forma específica de programación de la actuación administrativa: la programación condicional, y esta última, a su vez, como forma de programación adecuada a las funciones estatales tradicionales de la evitación de peligros en la Administración de policía. Sobre el trasfondo

¹¹⁶ Acerca de esa argumentación, tomando como ejemplo precisamente la planificación, Wahl, *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, vol. 2, 1978, pp. 78 y ss., especialmente, las pp. 101 y ss.

metodológico de ese ascenso desde la institución jurídico-administrativa concreta, pasando por la forma de programación, hasta llegar a la función estatal específica, se podía ahora invertir la secuencia: partiendo de la función estatal de la planificación, la cadena argumentativa llevaba a otro tipo de programación de la actuación administrativa. La programación final o teleológica, y, de esta, a las peculiaridades de los planes. Una vez alcanzado el final de esa cadena argumentativa se sabía que (y por qué) los planes no son actos administrativos o normas del tipo habitual. Pero también se abrió camino la solución de tratar procesalmente el plan —sin desconocer su peculiaridades— como una norma, por ejemplo, en el § 10 de la antigua Ley federal de planificación urbanística (*Bundesbaugesetz*, en adelante BBauG), pues el Derecho procesal solo proporcionaba la alternativa entre acto administrativo o norma. En todo ese proceso argumentativo se había ganado, por un lado, un conocimiento suficiente de las peculiaridades de la planificación; y, por otra parte, también la tranquilidad de poder tratar la impugnación del plan como un recurso frente a normas, sin perjuicio de que fuera necesario aceptar soluciones divergentes para determinados problemas concretos.¹¹⁷

El debate se amplió significativamente. Las categorías formales de la dogmática tradicional, las distinciones entre lo abstracto y lo concreto y entre lo general y lo individual como características de la regulación, no permitían una clasificación convincente del plan urbanístico. Por eso se hizo necesario —abstrayendo más— volver a los fundamentos, situados en la teoría del Estado, de la contraposición entre norma y acto administrativo. Se consideró, entonces, que esos fundamentos estaban vinculados a las peculiaridades de la función estatal de la evitación de peligros, propia de la Administración de policía, que hasta ese momento era la que

¹¹⁷ En el caso del plan urbanístico, a diferencia de lo que sucede con la norma clásica, no resulta deseable ni oportuno que el plan sea formulado del modo más abstracto y general posible, sino que eso sería incluso una deficiencia. Los planes deben ser elaborados atendiendo a la situación dada. Han de estar referidos con la mayor exactitud posible a esa situación concreta y a sus peculiaridades, y no tienen por qué regular lo que fuera común a todas las diversas situaciones espaciales; esto carecería de interés; véanse más detalles a ese respecto en la nota 122.

más atención había recibido. Esa función es ejemplo paradigmático y modelo de la Administración ejecutiva. Era típico de ella, pero solo de ella y no de la planificación, el doble paso de la normativización general-abstracta y de la ejecución concreta-individual en el caso particular de que se tratase. En cambio, la función estatal «planificación», de distinta naturaleza, distribuye los componentes de lo abstracto, lo concreto, etc., de modo también distinto en su instrumento de actuación: el plan. El análisis de las formas de programación de la actividad administrativa, al que se dio origen en aquel entonces, resultó iluminador a tal respecto. Ese análisis proporcionó el necesario paso intermedio y de enlace entre las distintas funciones del Estado y la configuración legal concreta del plan.¹¹⁸ La contraposición formulada por Niklas Luhmann entre programas condicionales y programas teleológicos se impuso rápidamente, dado que —a pesar de sus no superadas dificultades de delimitación— hacía afirmaciones esenciales y relevantes para el Derecho acerca de las diferentes funciones. Se podía reconstruir en su totalidad el contexto conceptual como un camino:

- desde el modo de entender el Estado, pasando por
- el modo de entender las funciones del Estado, y por
- la forma de programación, hasta llegar a
- las categorías formales de las formas de actuación (por ejemplo, las características del acto individual o la norma).

Cuando en lo que sigue se hable, en aras de la brevedad, del desafío de los cambios sociales y económicos para el Derecho, siempre se estará haciendo referencia a esa vía de influencia por etapas, nunca a un reflejo o una reproducción de la evolución real en el Derecho de forma inmediata y directa. Se acepta así en su núcleo la formulación del tema del congreso de profesores de Derecho público de 1971: «La dogmática del Derecho administrativo ante las funciones actuales de la Administración», pero también se la somete a una decisiva modificación. El camino que conduce desde el

¹¹⁸ BROHM centra su ponencia de 1971, «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», *VVDStRL*, 30 (1972), pp. 245 y ss., en poner de manifiesto las características propias de la Administración planificadora.

cambio percibido en los problemas sociales o en las funciones del Estado hasta las modificaciones del Derecho positivas ancho; y, en todo caso, más ancho que la contraposición de funciones actuales y Derecho administrativo. El esquema de análisis aquí desarrollado para la planificación se aplica también al siguiente cambio de las funciones del Estado; veremos cómo también allí da buenos resultados a modo de patrón interpretativo general.

2. Algunas peculiaridades de la planificación jurídicamente relevantes

La planificación del territorio fue en los años cincuenta el primer ejemplo de cómo solucionar jurídicamente problemas complejos que van mucho más allá de la tradicional evitación de peligros. Fue así, también, el primer gran campo del Derecho para el que el Derecho de policía, que hasta ese momento actuaba como sector de referencia, ya no resultaba determinante.¹¹⁹ Solo al volver la vista atrás se pone de manifiesto que la evitación de peligros tiene en su problema central del daño inminente una situación de partida bastante precisa. El Derecho de la evitación de peligros vive de la relativa precisión de la «situación peligrosa» y de las medidas e intervenciones, asimismo relativamente precisas, para responder a esa situación específica. Con la planificación, puesta en práctica y a prueba, en primer lugar y de modo paradigmático, en la planificación del desarrollo urbano, entraron en el campo visual muchos otros problemas de regulación de la actuación administrativa. La licencia de obras de edificación pasó a estar precedida por un estrato adicional de regulación y dirección de la actividad administrativa. El plan urbanístico predetermina el contenido del acto ad-

¹¹⁹ Esta observación puede que sorprenda. Es cierto que la Administración prestadora ya fue estudiada en los años treinta como un nuevo campo, frecuentemente desde la perspectiva, propia de la obra de Forsthoft, del Derecho de la procura existencial. Pero la Administración prestadora no trascendió la dogmática del Derecho administrativo heredada ni las instituciones centrales de esta, y tampoco le lanzó un desafío de fondo; así BROHM (nota 118), pp. 257 y 308; otros acentos en BACHOF, «Die Dogmatik» (nota 46), pp. 212 y ss. y 223 y ss.

ministrativo definitivo, la licencia, pero, además, sitúa esa concreta decisión como en un marco general. El plan es necesario como instrumento adicional, porque una evolución urbanística ordenada presupone la realización de un gran número de objetivos y de amplios contextos para que del cúmulo de proyectos individuales no surja una yuxtaposición inconexa, sino que la zona urbana en cuestión presente las características de una satisfactoria «composición». El procedimiento de concesión de licencias individuales no tiene por sí mismo, ni de lejos, la necesaria capacidad de dar solución a ese tipo de problemas complejos. Por esa razón, es necesario que las licencias vayan precedidas por un estrato adicional consistente en un instrumento idóneo para dar tratamiento a las situaciones dadas con arreglo a un plan. Pero, además, la licencia de edificación (que es el acto que fija definitivamente la situación jurídica concreta) ya no se puede limitar, como anteriormente, a la relación bilateral Administración — propietario (interés público — intereses de los propietarios). En el contexto espacial propio del Derecho urbanístico es evidente que también entran en juego «terceros», los vecinos; y que el Derecho debe dar una respuesta a sus intereses. La dogmática respondió a ese problema, que en la realidad es trilateral o multilateral, precisamente, con la institución jurídica del acto administrativo trilateral o multilateral (relación jurídica multipolar).¹²⁰

3. De la función estatal de la planificación a la dogmática del Derecho de la planificación

El Derecho de la planificación dirigió la atención del Derecho administrativo hacia la nueva figura del plan urbanístico. En un Derecho administrativo tan marcado por la práctica de los tribunales y tan dominado por la tutela judicial como el alemán no podía dejar de suceder que la mirada se centrara, de entrada, en el tipo de recurso posible frente al plan y en la legitimación para interponerlo. Como cuestión

¹²⁰ A ese respecto SCHOLZ/SCHMIDT-ARMANN, «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgenügsamkeit», *VVDStRL*, 34 (1976), pp. 145 y ss. y 221 y ss.

previa a todos los demás problemas que era necesario abordar judicialmente había que explicar el plan como forma de actuación administrativa¹²¹. Con las disposiciones del § 10 de la BBauG y del § 47 de la VwGO¹²² la cuestión de la tutela judicial se solucionó satisfactoriamente a efectos prácticos¹²³. Al final, la formulación legal [«el plan urbanístico tendrá la consideración de ordenanza municipal», § 10 del Código de planificación urbanística (*Baugesetzbuch*], en adelante, BauGB)] cortó el nudo gordiano de un debate que no condujo a resultado alguno.

Aunque el legislador de la BBauG había solucionado de un plumazo la cuestión de la admisibilidad del recurso en sus aspectos pragmáticos, la labor de la construcción jurídica de la planificación en el Derecho administrativo le estaba reservada a una instancia nueva y cuya importancia había

¹²¹ FORSTHOFF, «Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht», *DVfZ*, 1957, pp. 113 y ss.; ofrecen una síntesis de la cuestión BROHM, *Rechtsschutz im Bauplanungsrecht*, 1959, pp. 53-62; y BREUER, *Die hoheitliche raumgestaltende Planung*, 1968; y una reflexión sobre ese debate WAHL, *Landesplanung* (nota 116), pp. 27-45 (con referencias) e IMBODEN/ÖBERMAYER, «Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut», *VVDStRL*, 18 (1960), pp. 113 y ss. y 144 y ss.

¹²² Al principio el § 47 de la VwGO no era aplicable a los planes urbanísticos en todos los *Länder*. Hubo que esperar a la modificación de la VwGO de 1976 para que fuese preceptivo aceptar que los planes urbanísticos se sometían a las reglas del control judicial de normas.

¹²³ El § 10 BBauG ilustraba las posibilidades, pero también los límites, de la capacidad de los planes de ser clasificados en el seno del Derecho administrativo heredado: la formulación muestra que en realidad el plan es un *akt* jurídico positivo no sabe qué hacer con un *akt* (no descrito jurídicamente), y dado, sobre todo, que la tutela judicial se hace depender de los requisitos exigidos a la distinción entre acto administrativo y norma, la consideración voluntarista del plan urbanístico como una ordenanza fue una decisión absolutamente razonable para la vida jurídica práctica. Ahora bien, las peculiaridades del plan en comparación con la norma «normal» no dejan de ponerse de manifiesto en algunos aspectos: precisamente, no está permitido que la ordenanza «plan urbanístico» contenga disposiciones meramente abstractas, sino que esas disposiciones tienen que dictarse «por así decir, a la vista de la concreta situación territorial»; de ahí que para toda la superficie de una gran ciudad no se pueda establecer la exigencia uniforme de que en todo terreno se plante un árbol; así BVerwGE 50, 114 y 120 y ss. — Plan de espacios verdes con el siguiente enunciado central: «Los planes urbanísticos tienen que adoptar sus disposiciones de forma concreta e individual en todos los casos. Sus disposiciones que tengan el carácter de «normas» (abstractas o generales) necesitan de una justificación adicional».

crecido en gran medida: los tribunales y el Derecho judicial. Poco advertidos en un primer momento —aunque después ya resultaba imposible dejar de verlos—, los criterios materiales de la conformidad de los planes a Derecho lograron situarse en los años sesenta en el primer plano de la atención. La tutela judicial, una vez que se había respondido positivamente a la pregunta por su existencia, generó la necesidad de criterios materiales. La jurisprudencia jurídica planificó la planificación y la hizo avanzar desde el estadio de admitir el recurso contra el plan hasta el de los requisitos de fondo que deben examinarse para estimar el recurso; o, lo que es lo mismo, hasta los requisitos que debe cumplir un plan para ser conforme a Derecho. Los tribunales crearon, así, unos criterios que antes no existían. Con este avance en la jurisdicción creció rápidamente el número de cuestiones jurídicas relevantes planteadas en torno a la planificación. En ese momento, alcanzada esa nueva fase evolutiva, ya pudo hablarse de un Derecho de la planificación como subsistema propio del Derecho administrativo¹²⁴. Con el control judicial sobre el fondo de las decisiones sobre planificación urbanística y la multiplicación de las resoluciones judiciales se modificó, también —y con hondas consecuencias—, el grupo de posibles interesados en la planificación sectorial; y se modificó, también, la propia regulación de la planificación sectorial. El Derecho judicial había entrado con fuerza en este ámbito y había puesto en marcha un proceso de intensificación, de interpretación y de ulterior jurisdicción¹²⁵. La mirada que

¹²⁴ La historia de las repercusiones de la tutela judicial omnicompreensiva sobre los distintos campos del Derecho (o la historia de la impregnación de los mismos por ella) aún está por escribir, pero reviste gran interés, toda vez que concierne a una parte importante de los amplios procesos de jurisdicción que han tenido lugar en el Derecho público alemán tras 1949 y le han conferido su peculiaridad. Son importantes las contribuciones a este tema en su conjunto efectuadas por BLÜMEI, «Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (III)», en *Beiträge zum Planungsrecht 1959-2000* (edición de Gruppi y Ronellenfisch), 2004, pp. 419 y ss.; *id.*, «Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit DVBl. 1975, pp. 695 y ss. (= *id.*, loc. cit., pp. 169 y ss.)».

¹²⁵ Una exposición relativamente detallada de la historia del Derecho (público) tras 1945-1949 tendría que prestar detenida atención al nuevo y más intenso cometido del Derecho judicial en el Derecho público en toda su amplitud. Nada tiene de extraño, obviamente, que el tema del Derecho judicial y el Estado judicial ya fuese objeto de vivos debates en los años cincuenta; cfr., por ejemplo, WERNER, «Das Problem des Richterstaates», en *id.*, *Recht und*

hasta entonces dirigían los prácticos del Derecho y los funcionarios ministeriales a los problemas legislativos y administrativos de la elaboración de los planes se amplió, de forma ya permanente, con la perspectiva de los afectados, que —representados por abogados cada vez más conocedores de la materia— hacían valer sus intereses ante los tribunales. Los jueces respondieron a las demandas con la vista puesta, según les cumplía en su condición de jueces, en la tutela judicial de los particulares.

En el terreno de lo concreto, los tribunales administrativos tuvieron que comenzar su actividad de control aclarando qué exigencias jurídicas formulaba de suyo la BBauG a los planes; y encontraron rápidamente lo que buscaban. La planificación urbanística había de someterse a criterios jurídicos, que se destacaban en las resoluciones judiciales y que decidían sobre la validez o nulidad del plan. Con la exigencia de ponderar todos los intereses afectados, el Derecho de la planificación recibió también un criterio básico fácilmente perceptible y una idea rectora: o, con otras palabras, el plan, como instrumento tradicional de actuación de los técnicos, fue construido y estructurado jurídicamente. El avance que esto supuso fue notabilísimo. Los «afectados», la praxis planificadora, valoraron este impulso de la jurisdicción de forma (más bien) crítica, como no podía ser de otro modo. Esa valoración ambivalente la compartía el Derecho de la planificación con otros ámbitos en los que el Derecho y la jurisdicción administrativa iban ganando terreno. Tampoco el Derecho de la enseñanza, surgido igualmente en los años cincuenta, fue acogido siempre con entusiasmo por la praxis de la Administración escolar y de los pedagogos, como es natural¹²⁶.

Desde un punto de vista intrajurídico, el desarrollo del esquema del control judicial del planeamiento urbanístico fue, sin duda, una prueba de fuego, superada con mucho éxito, de la adaptabilidad del Derecho administrativo y del

Gerichte in unserer Zeit, pp. 176 y ss. (y otros trabajos reunidos en ese mismo volumen dedicados en último término a esa temática); MARCIC, *Vom Gesetz zum Richterstaat*, 1957.

¹²⁶ Acerca de las dificultades contemporáneas, WERNER, «Schule und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *id.* (nota 125), pp. 319 y ss.

Derecho procesal administrativo. En poco tiempo se «describieron», tras las palabras poco elocuentes —o que parecían poco elocuentes— del § 1 de la BBauG y de sus distintos apartados, conceptos e instituciones cargados de contenido jurídico y se erigió sobre esa base un andamiaje jurídicamente consistente. Hoy en día, tras varias décadas de práctica del Derecho de la planificación, es frecuente que ese logro ya no se reconozca como tal: el éxito obtenido al desarrollar la nueva dogmática, ya al primer intento y sin haber necesitado una larga preparación, es tan grande que oculta el logro intelectual y el esfuerzo que supuso su desarrollo.

4. Interacciones entre doctrina y jurisprudencia

La ulterior evolución de la dogmática del Derecho de la planificación fue un ejemplo paradigmático de la nueva situación en que se hallaba necesariamente la interpretación del Derecho desde que había empezado a existir una jurisdicción administrativa omnicompreensiva¹²⁷. ¿Quién fue el precursor y el pionero de la interpretación: la ciencia del Derecho administrativo o los jueces? En sus detalles, la cuestión es controvertida. En lo que respecta a la institución dogmática central de la planificación, la ponderación, este pequeño punto de controversia acerca del derecho de primogenitura merece que se le dedique atención, toda vez que ahí se creó algo realmente nuevo. En torno a la mencionada pregunta se planteó una pequeña disputa entre jueces y algunos autores acerca de a quién cabía el honor de la primogenitura. Es cierto que Werner Hoppe publicó en 1964 un primer trabajo con el propósito de abordar y aclarar desde el punto de vista dogmático el fundamental § 1 del BauGB¹²⁸. En ese estudio llamó la atención —presumiblemente nadie lo había

¹²⁷ Parecía era la situación existente en el Derecho constitucional con la mutación paulatina —susceptible de crítica— del Derecho del Estado en ciencia del Tribunal Constitucional o en positivismo del Tribunal Constitucional, véase SCHLINK, «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat*, 28 (1989), pp. 161 y ss.

¹²⁸ Hoppe, «Bauleitplanung und Eigentumsgarantie. Zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG», *DVBJ.*, 1964, p. 165 (trabajo pionero acerca del mandato de ponderación).

hecho antes —sobre la importancia del mandato de ponderación. El trabajo de Hoppe fue verdaderamente pionero, pero aún estaba lejos de proporcionar una clara estructuración de la norma o un esquema de verificación. Y eso, ciertamente, no por casualidad: el juez, a la vista de los casos concretos que ha de enjuiciar, se ve más impelido que el abogado o el científico a realizar una labor de interpretación, concreción y sistematización. En el caso de los planes urbanísticos a ello se añade que el control de normas pone en el banco de pruebas el plan como un todo. Nada tiene de extraño, por tanto, que los tribunales administrativos tuviesen que fijar la mirada de golpe —por así decir— sobre el novedoso contenido de las normas de la BBauG en su conjunto. Era necesario aclarar, antes de nada, qué había de «auténtico» Derecho en las frases del § 1 BauGB, que tan blandas y «suaves» sonaban en un primer momento¹²⁹. A continuación, era menester elaborar con esa base un verdadero esquema de verificación y control. Finalmente, la comprobación decisiva de si debía estimarse un recurso formulado contra el plan requería criterios; esto es, un esquema de control que permitiese examinar la conformidad a Derecho de la norma impugnada. Ese esquema fue elaborado efectivamente y con gran rapidez.

Muchas veces —y, a decir verdad, en todos los campos del Derecho administrativo— ha tenido que cumplir la jurisdicción administrativa la función descrita de preparar, para cubrir las necesidades de los tribunales controladores, un campo del Derecho percibido hasta entonces solo desde la perspectiva de los criterios de actuación de la Administración; así como la función de estructurar el material jurídico en forma de un esquema de verificación a través de un hilo conductor. Que el exitoso cumplimiento de esa tarea habitual resulte tan llamativo en el ámbito del Derecho de la planificación urbanística se debe a que, en realidad, no hubo una gran «evolución», sino una eclosión y un verdadero gol-

¹²⁹ Las disposiciones paralelas del § 1 de la Ley de ordenación del territorio (*Raumordnungsgesetz*) (principios de la ordenación del territorio) recibieron fuertes críticas por ser, supuestamente, meras fórmulas vacías. Llegó a hablarse, en lo que era un reproche totalmente exagerado, del «lirismo de la Ley de ordenación del territorio» [RUPP, «Konzertierte Aktion und freilich-rechtsstaatliche Demokratie», en HOPPMANN (ed.), *Konzertierte Aktion*, 1971, p. 4]; referencias en WAHL, *Landesplanung* (nota 116), pp. 210 y ss.

pe de timbal que causó sensación: la famosa resolución del Tribunal Administrativo Federal de 12 de diciembre de 1969 (BVerwGE 34, 301)*. Como es natural, también en ese caso hubo cierto trabajo previo de los tribunales inferiores¹³⁰ y un debate —aunque de modesta envergadura— en la doctrina. Pero rara vez ha llevado una resolución judicial el Derecho aplicable y el campo del Derecho en cuestión tan súbitamente y con tanta trascendencia a un nivel de interpretación y de comprensión totalmente distinto¹³¹. Más allá de ciertas exa-

* *N. del T.*: Que amplió y reforzó en gran medida la relevancia del mandato de ponderación.

¹³⁰ Jurisprudencia de los tribunales inferiores, especialmente del Tribunal Administrativo de Justicia (*Verwaltungsgerichtshof*, en adelante VGH) de Mannheim, trece resoluciones acerca del mandato de ponderación, referencias en Hoppe, «Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit, § 1 Abs. 4 und 5 BBAuG. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.12.1969 zum Abwägungsgebot, § 1 Abs. 4 Satz 2 BBAuG und seiner Rechtskontrolle», *BaumR*, 1970, pp. 15 y ss. y 16, nota 3. También otros tribunales se ocuparon entonces del control jurídico del mandato de ponderación, por ejemplo la VGH bávara y la VGH de Hesse. VGH de Mannheim de 22 de julio de 1966, BRS 17, 16, 19 = ISVGH 17, 101, 104.

¹³¹ Hoppe, «Entwicklung von Grundstrukturen des Planungsrechts durch das Bundesverwaltungsgericht —Hommage an die Leitentscheidung zum planungsrechtlichen Abwägungsgebot zum 12. Dezember 1969 (BVerwGE 34, 301) —», *DVBZ*, 2003, p. 697, con su elocuente subtítulo («Homenaje a la resolución de principio acerca del mandato de ponderación en el Derecho de la planificación de 12 de diciembre de 1969»); *id.*, «Abwägungsgebot» (nota 128); *id.*, «Schranken» (nota 130). La gran altura de esa sentencia queda demostrada por el hecho de que ha sido valorada una y otra vez como uno de los grandes logros del Derecho judicial (en sus facetas tanto de desarrollo del Derecho como de creación del Derecho); cfr., por ejemplo, BERKEMANN, «Horizonte rechtsstaatlicher Planung», en BERKEMANN *et al.* (eds.), *Planung und Plankontrolle, Entwicklungen im Bau- und Fachplanungsrecht, Festschrift für Otto Schlichter zum 65. Geburtstag*, 1995, pp. 27 y 47 y ss.; REDEKER, «Entwicklungen und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung», en *Schäpin zum 70. Geburtstag*, 1983, pp. 861 y 874 («Uno de los grandes logros del Derecho judicial de los últimos veinte años»); STICH, *Das neue Bundesbaurecht*, 1994, p. 275; SENDLER, «Über Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung im Bau- und Umweltrecht», en DRIEHAUS/BIK (eds.), *Baurecht — Aktuell — Festschrift für Felix Weyrather*, Köln, 1993, pp. 3 y ss.; *id.*, «(Un)ethisches zur planerischen Gestaltungsfreiheit», en BERKEMANN *et al.* (eds.), *loc. cit.*, 1995, pp. 55 y ss.; BARTSPERGER, «Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit», en ERBGUTH/OEBBECKE/RENGELING/SCHULTE (eds.), *Abwägung im Recht*, 1996, pp. 79 y ss.; KASS, *Inhalt und Grenzen des Grundgesetzes der Planerhaltung*, 2002, p. 135; SCHULZE-FIEHLITZ, «Das Bundesverwaltungsgericht als Impulsgeber für die Fachliteratur», en SCHMIDT-AL-

geraciones en las que se cayó en la controversia acerca de quién era acreedor del derecho de primogenitura¹³², puede decirse que se produjo, como es natural, una conjunción de la jurisprudencia y de la doctrina orientada a la praxis (abogados). Werner Hoppe y los tribunales de instancia pusieron la primera piedra. El Tribunal Administrativo Federal acuñó los conceptos y logró dar después su expresión válida y más acabada a las reflexiones de la doctrina y al material jurisprudencial¹³³.

Por lo demás, la resolución de partida y las sentencias subsiguientes son un elocuente ejemplo de qué pueden significar el control judicial y una serie de resoluciones pertinentes para una norma tan inocente como el § 1 de la BBAuG/BauGB. Antes de que en la doctrina se pudiese plantear seriamente la cuestión de si conceptos como «desarrollar», «adaptar» o «prestar atención»¹³⁴ son auténticas normas y Derecho efectivo, o una mera descripción no vinculante¹³⁵, la jurisprudencia ya los había convertido en Derecho estricto con arreglo al cual podía declararse nulo un plan urbanísti-

MANN *et al.* (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, Köln, 2003, pp. 1061 y 1065: «rutilante joya» de la innovación.

¹³² Entre las muchas voces que elogian la decisión fundamental de la BVerwGE 34, 301, hay diferentes opiniones acerca de quién fue el auténtico pionero de la dogmática de la ponderación: la jurisprudencia o el mencionado trabajo de Hoppe (nota 128); no abordaremos en esa cuestión más de lo que ya lo hemos hecho en el texto.

¹³³ De forma similar Hoppe, «Entwicklung» (nota 131), p. 700: la resolución se centra en lo esencial y combina la brillantez y la elegancia del estilo y la exactitud en los términos que escoge con la pregnancia y la fuerza persuasiva de la argumentación; SENDLER, «Wechselwirkungen» (nota 131), p. 6: el § 1 BBAuG ha necesitado la crítica y las sugerencias de la jurisprudencia para recibir una estructura convincente y verdaderamente aceptable. FRANSEN, en DRIEHAUS/BIK (eds.), *Baurecht* (nota 131), prefacio VI: en esa resolución «el contenido ha encontrado una forma congruente con él»; se trata de una «obra maestra de la retórica».

¹³⁴ Con esos tres conceptos sitúa la ley el plan urbanístico en el entorno de otros planes o de planes de otros espacios físicos: el plan parcial tiene que estar «desarrollado» partiendo del plan general de ordenación urbana, ambos tienen que estar «coordinados» (apartado 2 del § 2 de la BauGB) con los planes de los municipios limítrofes y ambos tienen que «adaptarse» a los objetivos de ordenación del territorio y de planificación del *Land* (apartado 4 del § 1 de la BauGB). No deja de producir asombro que esos conceptos estén empleados en serio en sentido jurídico y que amenacen su incumplimiento con la sanción de nulidad.

¹³⁵ A ese respecto, más arriba, la nota 122.

co. Los distintos apartados del § 1 de la BBauG fueron transformados en un exigente esquema de requisitos y control jurídicos; y, en especial, se desarrolló el mandato de ponderación como una institución aplicable de lleno en el Derecho de la planificación.¹³⁶ La resolución fue jurídicamente creativa y, al mismo tiempo, resultó verdaderamente acertada y tuvo éxito en la práctica jurídica. Con ella había nacido el método de control idóneo para un tipo de actuación tan complejo como el plan.

5. Transferencia de los criterios a otras decisiones de carácter planificador, especialmente, a la planificación sectorial

Dondequiera que, posteriormente, entraron en el campo visual del Derecho y de los tribunales otras planificaciones, o ya, tan solo, decisiones administrativas materialmente planificadoras¹³⁷, se pudieron aplicar los criterios de actuación y de control así desarrollados. El logro de construcción jurídica resultó tan convincente que rápidamente hubo para él un campo de aplicación muy vasto, ya fuese en la ordenación del territorio, en la planificación del paisaje, en la planificación medioambiental o, sobre todo, en la planificación sectorial¹³⁸. El Derecho de la planificación urbanística se re-

¹³⁶ La doctrina desplegó el mandato de ponderación en manuales y comentarios. La formación de una dogmática muy matizada ha sido impulsada especialmente por Hoppe; véase una síntesis en Hoppe/Böcker/Grottel (eds.), *Öffentliches Baurecht*, 2.ª ed., 2002, § 7, pp. 223-313; cfr., también, la sistemática propia de Bromm, *Öffentliches Baurecht*, 3.ª ed., 2004, §§ 11-14.

¹³⁷ Se generalizó y trasladó a otros campos, sobre todo, la sugestiva frase, ya poco menos que proverbial, de la BVerwGE 34, 304: «Primero, que la falta de planificar —aquí y en otros lugares— implica y tiene que implicar un margen de libre configuración más o menos extenso, porque una planificación sin libertad de configuración sería una contradicción en sí misma».

¹³⁸ Allí la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, a la que precedió en la doctrina el trabajo del juez Kühling (*Fachplanungsrecht*, 1988, núms. 4, 20 y 23), siguió un camino claramente deductivo. Se comienza con una definición del carácter material de la planificación; todas las decisiones programáticas que se ajustan a ese carácter se entienden como planificación y se tratan con arreglo al esquema de control. De ese modo las decisiones de planificación materiales están «caracterizadas por un amplio margen de configuración planificadora, pero, por otra parte, se hallan ligadas al manda-

veló como sector de referencia para todo el ámbito de la planificación, incluidas algunas decisiones administrativas no formalmente «planificadoras»¹³⁹.

La *planificación sectorial o especial* —una denominación que pronto gozó de aceptación generalizada— tenía tras de sí, ciertamente, una considerable tradición de elaboración y atención en el Derecho¹⁴⁰. La elaboración de planes especiales, el procedimiento de su aprobación y las resoluciones que decidían sobre ella habían sido ya anteriormente objeto de atención por parte de la ciencia y la práctica jurídicas a causa de sus implicaciones y consecuencias expropiatorias¹⁴¹. Pero, también en ese caso, fueron los primeros procesos judiciales —durante mucho tiempo no hubo, por ejemplo, procesos por ruido entablados por los residentes de una calle contra la Administración competente en materia de vías públicas— los que, de nuevo, obligaron a los jueces a construir a partir de las normas aplicables. La Sentencia del Tribunal Administrativo Federal de febrero de 1975 (BVerwGE 48, 56) marcó el nacimiento del Derecho judicial de la planificación sectorial. Transfirió el esquema de control del plan urbanístico al ámbito de los planes especiales. Es cierto que para responder adecuadamente a las peculiaridades de la planificación sectorial resultaron necesarias diversas adaptaciones y modificaciones. Pero, de nuevo, se había conseguido rápidamente un sólido logro dogmático y se había estructurado jurídicamente el amplio campo de la planificación de las carreteras, los ferrocarriles y los aeropuertos, por mencionar solamente los ámbitos más importantes.

to de ponderar en un mismo proceso de decisión los distintos intereses y objetivos», BVerwGE 74, 124, 133; BVerwG, NVwZ, 1986, p. 640; BVerwG, NVwZ, 1989, p. 458; acerca de la cuestión en su conjunto WAh, «Entwicklung des Fachplanungsrechts», NVwZ, 1990, pp. 426 y 427.

¹³⁹ Concepto acuñado por EBERHARD SCHMIDT-ÄLMANN en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ÄLMANN/SCHUPPERT (eds.), *Reform* (nota 102).

¹⁴⁰ BLUMEL, *Die Bauplanfeststellung I. Die Planfeststellung im preußischen Recht und im Reichsrecht*, 1967; id., «Die Entwicklung des Rechtsinstituts der Planfeststellung», en ERBUTH *et al.* (eds.), *Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 3-20; WAHL, «Die Fachplanung in der Phase ihrer Europäisierung», en GEIS/UMBACH (eds.), *Planung - Steuerung - Kontrolle. Festschrift für Richard Bartschger zum 70. Geburtstag*, 2006.

¹⁴¹ Fue pionero a ese respecto Blumel: nota 140 e id., *Beiträge* (nota 124).

La institución jurídica del procedimiento de aprobación de los planes o proyectos sectoriales puede ser entendida como producto puntero del Derecho administrativo alemán, surgido ya a mediados del siglo XIX. Lamentablemente, muchos juristas alemanes que actúan en los organismos europeos no son conscientes de ello. Algunas de las innovaciones procedentes de la Unión Europea, que apuntaban a la adopción de resoluciones integradas, a la toma en consideración de todos los aspectos medioambientales [directivas europeas relativas a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (85/337/CEE) y a la prevención y al control integrados de la contaminación (96/61/CE)], habrían podido tomar como modelo el procedimiento alemán de aprobación de planes y proyectos sectoriales; pero para eso hubiera sido necesario que los alemanes hubiesen siquiera empezado a explicar a los juristas de otros países sus ventajas y logros. A decir verdad, este modelo alemán de procedimiento reúne en sí, como tipo de resolución, cuanto se necesita para convertirse en un bien exportable, si no, incluso, en un auténtico producto *top* de la exportación alemana. ¿En qué otro tipo de resolución está solucionado de forma tan sencilla y elegante, mediante el efecto de concentración omnicomensiva, el problema de la multiplicidad de licencias a recabar?

6. El Derecho urbanístico como ejemplo paradigmático de la significación del Derecho judicial

El Derecho urbanístico es también un ejemplo de una evolución del Derecho en su conjunto en virtud de la cual cobra cada vez mayor significación el *Derecho judicial*. Especialmente en Alemania, en el contexto de un ordenamiento jurídico presidido por la idea de la codificación y diseñado en referencia a las leyes, podría afirmarse que la mayor parte de las reglas en que puede descomponerse el Derecho hoy tiene origen judicial. La ciencia jurídica se suele mostrar ahora reacia a dejar la labor de glosa y comentario a posteriori de esa jurisprudencia y a volver a hacer ciencia jurídica conforme a criterios más académicos y a una dog-

mática y una sistemática peculiares de ella misma. Encontrar el correcto equilibrio entre la recepción de la jurisprudencia y la construcción de sistemas propios es muy difícil. No se puede decir que la ciencia del Derecho administrativo haya llegado en todos o en muchos de sus ámbitos a bosques sistemáticos convincentes y asentados en sí mismos. Es demasiado grande la tentación de hacer un *collage* con el material aportado por el Derecho judicial, especialmente, con los enunciados centrales de las sentencias y sus principios más generales.

III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DERECHO MEDIOAMBIENTAL

1. El surgimiento de un nuevo campo del Derecho

Otros desafíos —no los trataremos aquí en una secuencia estrictamente temporal— han surgido en el Derecho público por obra de la política medioambiental, la gestión de riesgos (en el Derecho de la técnica), la desregulación, la denominada aceleración y la privatización. El Derecho medioambiental se ve a sí mismo como un nuevo campo del Derecho, pero, en realidad, abarca muchas materias jurídicas antiguas. Y es que ya desde hace muchas décadas y siglos los ordenamientos jurídicos han tratado de establecer una protección específica para la atmósfera, las aguas, el suelo y la naturaleza¹⁴². En Alemania ha habido disposiciones legales de protección de los vecinos y de la sociedad en general contra la contaminación atmosférica prácticamente desde que existen industrias, es decir, desde hace más de ciento cincuenta años¹⁴³. Siempre han existido disposiciones de protección de las aguas; y, desde hace más de cien años, reglas

¹⁴² Es meritorio el trabajo de KLOEFFER, *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, 1994. Cabe mencionar, especialmente, que en la ciencia histórica ha surgido como disciplina específica la historia del medio ambiente; véase, por ejemplo, BRÜGEMEIER, *Natur- und Umweltschutz nach 1945: Konzepte, Konflikte, Kompetenzen*, 2005; *id.* (ed.), *Industrie-Natur: Lesebuch zur Geschichte der Umwelt im 19. Jh.*, 1995; *id.*, *Das unendliche Meer der Luft: Luftverschmutzung, Industrialisierung und Risikodebatten im 19. Jh.*, 1996.

¹⁴³ KLOEFFER, *Geschichte* (nota 142), pp. 37 y ss.; *id.*, *Umweltrecht*, 3.ª ed., 2004, § 2; MIECK, «Luftverunreinigung und Immissionsschutz in Frankreich

de protección de la naturaleza Y, sin embargo, conceptos como «medio ambiente», «protección del medio ambiente», «política medioambiental» y «Derecho medioambiental» son nuevos¹⁴⁴ en la lengua alemana, al igual que también lo son en otras lenguas expresiones como «*environmental law*», «*environment*», «Derecho del medio ambiente»*. Todos esos conceptos surgieron a finales de los años sesenta, concretamente, entre 1965 y 1970. Esa reveladora simultaneidad tiene su explicación en el hecho de que, en los años que van de 1960 a 1970, surgió antes (o al mismo tiempo) que los nuevos conceptos jurídicos una nueva política, la política medioambiental. Y esta solo pudo formarse porque había surgido una nueva sensibilidad, una nueva conciencia de multitud de fuentes de peligro y de la función de los entornos medioambientales y del medio ambiente como un todo. Con ese cambio de sensibilidad, una multitud de consideraciones distintos elementos del entorno natural fueron entendidos como partes de un todo, y las relaciones entre ellos como interacciones y concatenaciones ecosistémicas¹⁴⁵. Todo ello tuvo notables consecuencias para el Derecho. Una serie de materias jurídicas tradicionales, por ejemplo, el Derecho de aguas, el Derecho de la protección de la naturaleza, el Derecho de las instalaciones industriales, entraron en una relación sistemática interna. A partir de ese momento ya no estaban al servicio, solamente, de la protección de su objeto o sector medioambiental específico, sino que todas ellas se unían en la tarea y con vistas a la tarea de mejorar el medio ambiente en su conjunto. Ya desde su cuna el Derecho medioambiental era un Derecho de la mejora, un Derecho

und Preußen zur Zeit der frühen Industrialisierung», *Technikgeschichte*, 48 (1981), pp. 239 y ss.

¹⁴⁴ Sobre esto, recientemente, SCHULZE-FELTZ, «Umweltrecht. Ein Paradigma für verlegte Funktionen», en WILLOWITZ (ed.), *Rechtswissenschaften* (nota 107); FRHR. VON LERSNER, «Zur Entstehung von Begriffen in Umweltrecht», en FRANKEN *et al.* (eds.), *Bürger, Richter, Staat: Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, 1991, pp. 259 y 263.

¹⁴⁵ * N. del T.: En español en el original.
¹⁴⁶ Todos los elementos de la naturaleza que nos rodea pasaron de una vez a ser entendidos como partes de un todo, precisamente del medio ambiente como concepto global o sistémico, como la totalidad de cuanto nos rodea.

del progreso, un Derecho —si se desea formularlo paradójicamente— orientado por la política legislativa.

El Derecho reaccionó de forma sorprendentemente rápida al desafío de la nueva conciencia. Apenas nacieron el «*environment*» y el «medio ambiente», ya había Derecho medioambiental y «*environmental law*». El Derecho no fue renqueando a la zaga de la conciencia y de su formulación política, según se da a entender e incluso se afirma tajantemente con tanta frecuencia como inexactitud, sino que su reacción fue sorprendente y loablemente veloz. A la zaga de los problemas concretos —que ya se habían mostrado mucho antes— fueron el Derecho y la política y la percepción pública. La presión ejercida por los problemas tuvo que intensificarse en los años sesenta en todo el mundo, tuvo que acumularse —por así decir— hasta alcanzar toda su envergadura y volverse incluso inabarcable, antes de que la política y el Derecho reaccionasen prácticamente al unísono¹⁴⁶.

2. La legislación del Derecho medioambiental de orientación sectorial

El Derecho medioambiental no podía hacerse cargo de una sola vez y ya desde el principio de todos los problemas de política medioambiental. Enlazó con lo ya existente, y eso significaba enlazar con leyes vigentes. Estas fueron reformadas a fondo, especialmente, mediante el enriquecimiento de los objetivos y de los propósitos de protección de esas leyes y mediante la inclusión de los principios del Derecho medioam-

¹⁴⁶ Antes de ese cambio de conciencia, el Derecho había conseguido respetables logros en los campos tradicionales del Derecho de aguas, del Derecho relativo a la contaminación atmosférica y del Derecho de la protección de la naturaleza, pero todo eso, precisamente, no era lo que, de forma justificada, se consideraba necesario en esa situación nueva, o, quizás, ya existente, pero no percibida como tal hasta ese momento. Todo esto es poco menos que obvio. Al fin y al cabo, el Derecho medioambiental y su predecesor son, entre otras cosas, un Derecho de la intervención. En una democracia, ¿cómo debería surgir un Derecho que impone cargas e interviene, y cómo debería ese Derecho poder solucionar a gran escala —anticipándose a los acontecimientos, por así decir— problemas que aún no son vistos en general como tales, toda vez que la creación de Derecho depende de la conciencia de peligro que tengan los políticos y la sociedad?

biental recién formulados (volveremos en seguida sobre este punto). La Ley federal de protección contra inmisiones (*Bundesimmissionsschutzgesetz*, en adelante, *BImSchG*) de 1974 fue un verdadero salto evolutivo respecto de la normativa precedente, recogida en la redacción de 1959 de la Ley de actividades económicas industriales y comerciales (*Gewerbeordnung*, en adelante, *GewO*). El Derecho de aguas recibió con la reforma de 1976 una redacción moderna, y otro tanto sucedió con el Derecho de protección de la naturaleza en la Ley federal de protección de la naturaleza (*Bundesnaturschutzgesetz*) de 1976. Con la Ley de gestión de residuos (*Abfallbeseitigungsgesetz*) de 1972 se reguló por primera vez una materia central de la nueva política medioambiental. Rápidamente surgió el Derecho medioambiental en toda su envergadura¹⁴⁷. Alcanzó el estatus de campo específico del Derecho, por más que algunos todavía lo negasen¹⁴⁸. Logró asentarse como ámbito del Derecho con un nivel de abstracción intermedio, ubicado entre el Derecho administrativo general y las leyes medioambientales concretas¹⁴⁹.

Si, desde comienzos de los años setenta, la legislación medioambiental y la praxis administrativa¹⁵⁰ basada en ella habían tenido éxito en la identificación de las materias propias de un moderno Derecho medioambiental, no se puede decir lo mismo del ulterior desafío de la idea de medio ambiente, esto es, de la idea central del carácter sistemático y global del medio ambiente y de su protección. El Derecho medioambiental alemán, tal y como surgió desde comienzos de los años setenta y se fue sofisticando posteriormente, está

¹⁴⁷ Referencias para los distintos pasos de la legislación en KLOPPER, *Umweltrecht* (nota 143), § 1 II.

¹⁴⁸ Sobre esto, desde una perspectiva teórica, SCHULZE-FELDT, «Umweltrecht» (nota 144), sección B.

¹⁴⁹ Acerca del concepto del nivel de abstracción medio Wahl, «Die Aufgabenabhängigkeit» (nota 102), pp. 177, 211 y ss.; *id.*, «Neues Verfahrensrecht für Planfeststellung und Anlagengenehmigung – Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens oder bereichsspezifische Sonderordnung?», en BÜ-MEL/PRUSCHAS (eds.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1994, pp. 83 y 87-91.

¹⁵⁰ El elemento intermedio entre las leyes y la praxis referida a los casos particulares viene dado por las muy importantes normas técnicas administrativas, por ejemplo, las relativas a la contaminación atmosférica (*TA Luft*) y a la protección contra el ruido (*TA Lärm*).

constituido por regulaciones diversas relativas a sectores que son los diversos entornos medioambientales¹⁵¹. No ha dado forma, a partir de impulsos evolutivos propios, a regulaciones omnicomprensivas que tengan en cuenta realmente las interacciones entre los distintos entornos medioambientales y presten atención a las concatenaciones ecosistémicas. Tuvo que esperar a que el Derecho comunitario europeo —con su tría formada por la evaluación de las repercusiones medioambientales de los proyectos, la autorización ambiental integrada y la evaluación de las repercusiones medioambientales de los planes— diese el impulso decisivo para abrir un nuevo capítulo que, sin embargo (y significativamente), en el Derecho alemán solo ha sido aceptado con titubeos y, en ocasiones, incluso, con reticencia. También el Derecho medioambiental está excesivamente marcado por su origen, esto es, por la orientación a los distintos entornos medioambientales. Esa orientación la lleva grabada a fuego.

Cabe ejemplificar las innovaciones de la política medioambiental al hilo del control por las autoridades públicas de las instalaciones industriales emisoras de sustancias contaminantes. Por un lado, nada tiene de sorprendente que la innovadora *BImSchG* de 1974 enlazase con la figura tradicional de la licencia que, desde sus comienzos [Ley prusiana general de actividades económicas industriales y comerciales (*Allgemeine Gewerbeordnung*) de 1845]¹⁵² había dado buenos resultados como técnica de intervención. Por eso, los anteriores §§ 16 y ss. de la *GewO* fueron sustituidos por la nueva licencia en materia de protección contra inmisiones prevista en los §§ 5 y 6 de la *BImSchG*. El Derecho relativo a la concesión de licencias, sólidamente desarrollado desde el punto de vista dogmático y centrado en la figura de las licencias preventivas y sus consecuencias jurídicas, facilitó considerablemente la regulación de ese importante campo del nuevo Derecho medioambiental. En la misma medida en que la li-

¹⁵¹ Ofrece una exposición rigurosa BREUER, «Umweltschutzrecht», en SCHMIDT-ABMANN (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., 2005, 5.º capítulo, núms. 37 y ss. y 51 y ss.; *id.*, *Entwicklungen des Europäischen Umweltrechts – Ziele, Wege, Irrwege*, 1993.

¹⁵² Acerca de la doctrina sobre la Ley prusiana general de actividades económicas industriales y comerciales (*Allgemeine Gewerbeordnung*) de 1845 y sobre la *RGewO* de 1869, véase más arriba la nota 140.

cencia en materia de protección contra inmisiones se convirtió en el modelo y en la figura ejemplar del control ejercido por las autoridades públicas en el ámbito del Derecho medioambiental, su buen rendimiento se comunicó también a las regulaciones contenidas en otras leyes.¹⁵³ Por otra parte, la continuidad fue de la mano con la *innovación*. La innovación estuvo representada, sobre todo, por el nuevo criterio material específico: el *mandato de precaución*.¹⁵⁴ Con él —y no antes— se mostró el Derecho medioambiental como verdaderamente renovador y se aseguró un objeto y un centro propios. Este principio rector del Derecho medioambiental es el gran descubrimiento del Derecho medioambiental, que hace de él un campo específico del Derecho.¹⁵⁵ El principio de precaución está caracterizado sustancialmente por la ampliación de las facultades de intervención y por su extensión a la zona situada por debajo del umbral de peligro. Y ello es así, ante todo, gracias a la plena aceptación y a la formulación detallada de la idea de precaución, de la idea de adelantarse al peligro o combatirlo ya en su fuente. Similares son las reflexiones que justifican establecer —junto al extenso ámbito del Derecho de evitación de peligros de todos conocidos: el Derecho de policía clásico— otra sección específica del Derecho administrativo. La licencia en materia de protección contra inmisiones es expresión de ambas líneas de fuerza, dado que, por un lado, enlaza con la vieja prohibición con reserva de autorización; y, por otro, amplía el programa de verificación material desde la evitación de peligros a su prevención omnicomprensiva. De ahí que la licencia en ma-

¹⁵³ Sobre el modelo dogmático de un Derecho relativo a la concesión de licencias, WAHL, «Genehmigungs- und Umweltrecht» (nota 50), pp. 237-265.

¹⁵⁴ A ese respecto, además del detallado tratamiento que recibe en los manuales y de las referencias de la nota 155, REHBINDER, «Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel», en FRANKEN *et al.* (eds.), BÜRGER (nota 144), pp. 269 y ss.; WAHL/APPEL, «Prävention und Vorsorge. Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung», en WAHL (ed.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, pp. 1-216.

¹⁵⁵ Sobre esto STREIGER, «Umweltrecht – ein eigenständiges Rechtsgebiet», AöR, 117 (1992), p. 100; acerca del surgimiento del principio de precaución SCHULZE-FIEHLTZ, «Bundesverwaltungsgericht» (nota 131), pp. 1061 y 1070. En lo que respecta a su contenido, el Derecho medioambiental tuvo que esperar al mandato de precaución para obtener con él y a través de él su criterio propio y específico, según indica acertadamente STREIGER, *loc. cit.*

tería de protección contra inmisiones simbolice el paso del Derecho de policía al Derecho medioambiental. En las últimas décadas se ha añadido, con el *principio de sostenibilidad*, otro principio fundamental (en esto, análogo al de precaución) específico del Derecho medioambiental.¹⁵⁶ De ese modo, el mapa de los principios del Derecho medioambiental comprende ahora cuatro regiones o secciones: el principio de sostenibilidad, el principio de precaución, el principio «quien contamina paga» y el principio de cooperación.

3. El debate planteado en el Derecho medioambiental en los tres planos de reflexión

El Derecho medioambiental reaccionó a un cambio central de la política y, por lo tanto, no solo a un desafío entre muchos otros, sino a un desafío decisivo.¹⁵⁷ Con ello guarda estrecha correspondencia la circunstancia de que tampoco en el Derecho medioambiental el tratamiento y la construcción jurídicos tuvieron lugar solamente en la forma de trabajo de detalle sobre el articulado de una ley y de la cuidadosa modificación de figuras dogmáticas heredadas; sino que en ese campo del Derecho volvemos a encontrarnos con el proceso de análisis y reflexión en tres planos que ya observamos al estudiar la planificación.

Los cimientos fueron puestos, en buena parte, por los pioneros del Derecho medioambiental: Eckard Rehbinder, Heinhart Steiger y Michael Kloepfer.¹⁵⁸ El Derecho me-

¹⁵⁶ APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht*, 2005; BAUCAMP, *Das Konzept der zukunfts-fähigen Entwicklung im Recht*, 2002; LANGE (ed.), *Nachhaltigkeit im Recht*, 2003.

¹⁵⁷ En cualquier caso, tras el Derecho medioambiental estaba la nueva forma de entenderse a sí mismo de un nuevo campo político; y, tras ella, todo un movimiento ecologista que se manifestó en la aparición de un nuevo partido y en el éxito del color verde como símbolo de un importante problema.

¹⁵⁸ Primeros trabajos de REHBINDER, «Grundfragen des Umweltschutzes», ZRP, 1970, pp. 250 y ss. (probablemente el primer trabajo orientado a elaborar una concepción de fondo); *id.*, «Umweltrecht, *Rabelsz*, 40 (1976), pp. 363 y ss.; STREIGER, «Umweltschutz durch planende Verwaltung», ZRP, 1971, pp. 131 y ss.; KLOEPFER, *Zum Umweltschutzrecht in der Bundesrepublik Deutsch-*

dioambiental se expandió rápidamente como disciplina del Derecho administrativo y campo específico del Derecho¹⁵⁹, incluso, con las típicas señales externas de la comunidad científica reconocida e independiente: sociedades, institutos, revistas, colecciones dentro de los catálogos de las editoriales jurídicas, manuales y monografías¹⁶⁰. Una amplia doctrina y una jurisprudencia no menos productiva proporcionaron un rico material para el trabajo básico del tratamiento dogmático de una gran abundancia de nuevas normas. Todo ese trabajo dedicado al surgimiento del Derecho medioambiental como campo del Derecho positivo fue realizado en el primer estrato o plano del nuevo ámbito del Derecho. El decidido afán por mejorar la protección del medio ambiente comunicó al Derecho medioambiental como disciplina un fuerte acento de política legislativa. Mientras aún se estaba interpretando por primera vez el Derecho vigente y dando los primeros pasos de sistematización, ya se llevaba debatiendo largo tiempo en el terreno de la política legislativa acerca de un nuevo avance; y así, una y otra vez.

La nueva idea central del Derecho medioambiental —como acaba de decirse— es el *principio de precaución*. Dado su largo alcance y su carácter de principio fundamen-

chland, 1972. Merecen mención, asimismo, WEBER, «Umweltschutz im Verfassungs- und Verwaltungsrecht», *DVB*, 1971, pp. 806 y ss.; KIMMICH, *Das Recht des Umweltschutzes*, 1972; SOELL, «Rechtsfragen des Umweltschutzes», *WVernR*, 1973, pp. 72 y ss.

¹⁵⁹ Sobre esto, los manuales de KLOPPER, *Umweltrecht*, 1.ª ed., 1989, 2.ª ed., 1998, 3.ª ed., 2004; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht*, 1.ª ed., 1989, HOPPE/BECKMANN/KAUCH, *Umweltrecht*, 2.ª ed., 2000; SPARWASSER/ENGEL/VOLKMUHL, *Umweltrecht*, 5.ª ed., 2003 (con una detallada bibliografía en las pp. 903-1008); KOCH (ed.), *Umweltrecht*, 2002; SCHMIDT-ALSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), pp. 113 y ss. Importante ahora SCHULZE-FRIELTZ, «Umweltrecht» (nota 144), secciones B y C, con reflexiones sobre la vía conducente a la adquisición de «estatus» y reconocimiento por un campo específico del Derecho, también acerca del tema «Los géneros de la doctrina como «marcapasos» del reconocimiento» (en C).

¹⁶⁰ Ofrece numerosas referencias y apreciaciones SCHULZE-FRIELTZ, «Umweltrecht» (nota 144); *id.*, «Bundesverwaltungsgericht» (nota 131), p. 1061; *id.*, «Notizen zur Rolle der Verwaltungswissenschaft für das Bundesverwaltungsgericht», *Die Verwaltung*, 36 (2003), p. 421. Cfr., también, *id.*, «Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?», *JöR*, 50 (2002), p. 1. El asentamiento del Derecho medioambiental se muestra también en los congresos celebrados anualmente, por ejemplo en Tréveris, Osnabrück, Münster y Hamburgo, y en series de publicaciones específicas.

tal, comprende los tres planos: es parte integrante del Derecho positivo (por primera vez en el núm. 2 del § 5 de la BImSchG); es un principio rector de ese campo del Derecho en su totalidad; y, además, puesto que se trata de un principio fundamental, se inscribe también en el tercer plano, el de las ideas rectoras en el ámbito de la teoría del Estado y de la sociedad. Ha encontrado un contorno relativamente preciso en el apartado 2 del art. 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), conforme al cual la política medioambiental de la Comunidad se basa «en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contaminina paga»*.

Lo que esta orientación a la política legislativa trajo consigo, más allá de las numerosas propuestas de detalle, pertenece a un *segundo* plano de reflexiones en el campo del Derecho medioambiental. Dado que la política estaba tan volcada en la búsqueda de mejoras, tenía que situar en el centro del debate de la política legislativa, precisamente, la cuestión relativa a los medios e instrumentos apropiados para la mejora; esto es, yendo más allá de la labor interpretativa de la ley vigente, tenía que desarrollar modelos que permitiesen conseguir la deseada mejora. Ese impulso innamente se vio reforzado por la investigación empírica del déficit de ejecución que aqueja a la Administración medioambiental y por la eficaz popularización de esos resultados¹⁶¹.

* *N. del T.*: Actual art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

¹⁶¹ Los trabajos pioneros son los de WINTER, *Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht*, 1975; MARVITZ *et al.*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978; BOHNE, *Der informelle Rechtsstaat*, 1981; véase, también, LÜBBE-WOLFF, *Modernisierung des Umweltordnungsrechts*, 1996, pp. 1 y ss. Entre los manuales, por ejemplo, SPARWASSER/ENGEL/VOLKMUHL, *Umweltrecht* (nota 159), § 2 núm. 2. El déficit de ejecución descubierto en los años setenta es un decisivo factor desencadenante de la reorientación de una parte del Derecho administrativo bajo la denominación de «Nueva Ciencia del Derecho administrativo» (cfr., *infra* C.V.7). Acerca de la significación del déficit de ejecución, cabe decir, reactivando, que los datos empíricos de ese déficit describen una —innegable— situación de hecho, y que las conclusiones extraídas de ella son interpretaciones y, como tales, están sometidas al proceso habitual de formulación de opiniones a favor y en contra. A quienes aspiran a extraer de esos estudios la conclusión de que el Derecho anterior ha fracasado de raíz, o, al menos, de

De ese modo, había nacido el *debate sobre los instrumentos*, esto es, la reflexión acerca de qué instrumentos políticos y, posteriormente, también jurídicos serían idóneos para reforzar y aumentar la protección del medio ambiente¹⁶². Esas ideas llevaron el Derecho medioambiental a un contexto de debate mucho más amplio, al diálogo con las ciencias económicas. En la economía medioambiental se presentaron, precisamente en relación con la cuestión de los instrumentos idóneos, numerosos trabajos que cuestionaban, en general, la idoneidad de los instrumentos clásicos: mandatos, prohibiciones y autorizaciones¹⁶³. En el horizonte de ese planteamiento de mejora, el Derecho medioambiental tuvo que reagrupar y modificar constantemente sus tesis, figuras e instituciones, así como exponerlas y relacionarlas entre ellas de otro modo. Esa labor se realizó mediante la sistematización del Derecho medioambiental con la mirada puesta en sus instrumentos. Los grandes manuales contenían, así, extensos capítulos y sistematizaciones que tomaban como hilo conductor la naturaleza de los instrumentos¹⁶⁴. Al mismo tiempo, ese debate impulsó hacia delante la política legislativa con su pregunta por el correcto «cómo» de la regulación. Dicho debate, además, mejoró el conocimiento de la forma de actuar de determinados instrumentos en el largo camino que va desde su concepción teórica, pasando por su

forma muy amplia, cabe objetarles que carecen de un criterio que permita decir cuándo una ejecución es adecuada y «buena». También el Derecho tributario y el Derecho social tienen un gran déficit de ejecución. Por ello, no es trivial en modo alguno la pregunta de si ciertos resultados de la ejecución son «buenos» o aceptables.

¹⁶² Acerca del debate sobre los instrumentos, FRANZIUS, *Die Herausfindung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2000; a ese respecto, son de mencionar entre los manuales y comentarios KLOPPER, *Umweltrecht* (nota 143), § 5; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht* (nota 159), § 6-9; SPARWASSER/ENGEL/VOLKMUHL, *Umweltrecht* (nota 159), § 2 III; KLOPPER, «Instrumente des Technikrechts», en SCHULTE (ed.), *Handbuch des Technikrechts*, 2003, p. 111.

¹⁶³ VOLKMUHL, «Ökonomisierung des Verwaltungsverfahrens», *Die Verwaltung*, 34 (2001), p. 347; SPARWASSER/ENGEL/VOLKMUHL, *Umweltrecht* (nota 159), p. 101 (en ambos casos con amplias referencias también a la doctrina relativa a la economía medioambiental). Los manuales no solo exponen los instrumentos, sino que también les asignan una importante posición dentro de la sistematización del Derecho medioambiental.

¹⁶⁴ Véase la nota 159.

Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán 101

recepción parcial en la legislación, hasta los pasos concretos de su aplicación y realización en la práctica.

También en el Derecho medioambiental —y este es otro paralelismo con el debate mantenido en torno a la planificación— encontramos un *tercer* plano de consideraciones jurídicas o con referencia al Derecho. La política medioambiental y su Derecho se definieron y concibieron como expresión de una específica *función del Estado*¹⁶⁵. La evolución histórica conducente al Derecho medioambiental se presentó como una modificación de la percepción de las funciones del Estado y como el descubrimiento de una nueva e importante función. El Derecho medioambiental como materia y la política medioambiental se reencontraron en el plano superior de las funciones estatales más importantes; en un plano, por tanto, concniente a los principios y prevención fueron entendidos como expresión de funciones centrales del Estado en el último tercio del siglo xx. En ese contexto, nada tiene de sorprendente que se modificase la Constitución para introducir en ella la protección del medio ambiente como función del Estado (art. 20a de la GG)¹⁶⁶. Desde este punto de vista, la política medioambiental o la protección del medio ambiente aparecían como expresión de un tipo especial de Estado: el *Estado medioambiental*¹⁶⁷ o el Estado de la adopción de pre-

¹⁶⁵ RAUSCHNING/HOPPE, «Staatsaufgabe Umweltschutz», *VVDStRL*, 38 (1980); HOFMANN, «Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz. Vom Rechts- und Kulturstaat über den Sozialstaat zum Industrieland und Umwelstaat», en KLOPPER (ed.), *Umweltstaat*, 1989, pp. 1 y ss.

¹⁶⁶ Para el tratamiento de la protección del medio ambiente como objetivo del Estado en los comentarios a la Ley Fundamental véase, sobre todo, MURSWIEK, en SACHS (ed.), *Grundgesetz*, 3.ª ed., 2003, art. 20a; EPINEY, en VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 2, 5.ª ed., 2005, art. 20a; SCHULZE-FIELTZ, en DREIER (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 1998, art. 20a.

¹⁶⁷ KLOPPER (ed.), *Umweltstaat* (nota 165); HOFMANN, «Umweltstaat: Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen und Schutz vor den Gefahren und Risiken von Wissenschaft und Technik in staatlicher Verantwortung», en BADURA/DREIER (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, pp. 873 y ss. (con referencias a sus trabajos anteriores); CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001, pp. 153 y ss.; WAHL/APPEL, «Prävention» (nota 154), pp. 13-24; STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, 1998, en cada caso con referencias; BOSSELMANN, *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, 1992; BAUMEISTER (ed.), *Wege zum ökologischen Verfassungsstaat. Umweltschutz ohne Öko-Diktatur*, 1994; WOLF, «Der ökologische Rechtsstaat

cauciones para el futuro¹⁶⁸. Una amplia serie de publicaciones reunió numerosos trabajos bajo ese signo. El Estado medioambiental y el Derecho constitucional medioambiental fueron tematizados como tales¹⁶⁹. En conjunto, se reconoció así, por segunda vez, el largo e interesante camino conceptual que iba de la norma legal ordinaria hasta el proyecto de elaboración de un código de Derecho medioambiental¹⁷⁰ y, pasando por el mencionado debate sobre los instrumentos, hasta la función estatal de la precaución medioambiental y el correspondiente Derecho constitucional medioambiental.

4. Acerca del cometido de la jurisprudencia

La jurisprudencia estuvo activa en todos los ámbitos del Derecho medioambiental¹⁷¹. De ellos, el que recibió más atención fue el Derecho de la energía nuclear, dado su carácter

als prozedurales Programm», en ROSSNAGE/NEUSER (eds.), *Reformperspektiven im Umweltrecht*, 1996, pp. 57 y ss.

¹⁶⁸ Al hilo del concepto de las precauciones para el futuro y el desarrollo se abordan y elaboran conceptualmente la sostenibilidad y la justicia entre las generaciones; fundamental a ese respecto: APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge* (nota 156).

¹⁶⁹ Sobre esto el ciclo de cursos acerca del «Estado medioambiental» organizado desde 1988 en Ladenburg por Michael Kloepfer bajo los auspicios de la Fundación Gottlieb Daimler y Karl Benz y sus 20 volúmenes de *Studien zum Umweltstaat*.

¹⁷⁰ KLOEPFER et al., *Umweltgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, Berichte 7/90 des Umweltbundesamtes, 1991; JAKASS et al., *Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil*, Berichte 4/94 des Umweltbundesamtes, 1994; BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT (ed.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, 1998; el proyecto de elaboración de un código de Derecho medioambiental por una comisión de expertos fracasó al chocar con (supuestos) problemas de competencias.

¹⁷¹ Acerca de las resoluciones más relevantes, ver las referencias ofrecidas en las siguientes notas; además, acerca de la protección a terceros en el Derecho de aguas, BVerwGE 78, 40; acerca del Derecho fitosanitario, BVerwGE 81, 12, sobre el herbicida paraquat; acerca de la protección medioambiental transfronteriza, BVerwGE 75, 285; acerca de la obligación constitucional de precaución, BVerfG (Sala), NJW, 2002, p. 1638, sobre teletrucks, y MORSWIK, «Ausgewählte Probleme des Allgemeinen Umweltrechts», *Die Verwaltung*, 38 (2005), pp. 154 y ss.; (primera) resolución sobre la contaminación electromagnética del Tribunal Constitucional Federal NJW

ter políticamente controvertido y la circunstancia, de ello resultante, de que cada central nuclear fuese «recurrida» en prácticamente todas las instancias¹⁷². Las líneas de la controversia política se prolongaban frecuentemente también en la doctrina. Las cuestiones relacionadas con la precaución se trataron principalmente en el Derecho de la energía nuclear¹⁷³, hasta que, finalmente, en la sentencia de 1985 sobre la proyectada central nuclear de Wyhl¹⁷⁴, el Tribunal Administrativo Federal encontró su «dogmática» definitiva para estos grupos de problemas: precaución, sospecha de peligros y suposiciones hipotéticas. Remontándose, igualmente, hasta el nivel de los principios, ese mismo tribunal ya había aclarado un año antes que, para no ser arbitrarias o imprevisibles, las medidas de precaución adoptadas en los casos particulares necesitan estar apoyadas en un amplio modelo de actuación de la Administración¹⁷⁵. Solo la precaución inserta en un modelo se reveló como sometida a los controles y perfiles propios del Estado de Derecho.

El mayor impulso de la elaboración jurídica procedente de la jurisprudencia fue el reconocimiento y ampliación de la legitimación de terceros para recurrir y de los derechos píblicos subjetivos de vecinos y terceros que presupone esa legitimación; se trata —como ya se ha dicho— de una de las grandes innovaciones y de uno de los grandes logros del Derecho público posterior a 1949. En este proceso ininterrumpidamente desarrollado se produjo, como tantas otras veces, una intensa conjunción de doctrina y jurisprudencia. La previa labor sistemática de la doctrina fue seguida, frecuentemente, por el reconocimiento que le brindaban las senten-

¹⁹⁹⁷, p. 2509, con actitud crítica a ese respecto, *id.*, «Umweltrecht und Grundgesetz», *Die Verwaltung*, 33 (2000), pp. 241 y 250.

¹⁷² BVerfGE 49, 89 – *Kalkar*; BVerfGE 56, 54 – *Mülheim-Kärlich*; BVerwG, NJW, 1981, p. 1393 – BVerwGE 70, 365 – *Krümme*; BVerwG, DVBl, 1993, p. 1149 – *Central atomica de Emsland*.

¹⁷³ Aunque el principal lugar normativo para el principio de precaución es el núm. 2 del apartado 1 del § 5 de la BImSchG.

¹⁷⁴ BVerwGE 72, 300, 314 – *Wyhl*; *all.*, de forma muy concentrada, pronunciamientos acerca de la precaución, acerca de la presunción de la existencia de peligros y acerca de hipótesis «meramente» teóricas.

¹⁷⁵ BVerwGE 69, 37 – *Central de cogeneración* (con la importante exigencia de que la precaución, con su máxima de la más amplia minimización posible, etc., debe depender del correspondiente modelo, pp. 44 y ss.).

cias judiciales; y estas, a su vez, por la reflexión por parte de la doctrina sobre el copioso Derecho judicial y la sistematización del mismo¹⁷⁶. El Derecho constitucional desempeñó a tal efecto un cometido específico (explícitamente en la doctrina, implícitamente en las sentencias judiciales), pero que, con frecuencia, no se ha percibido. En el largo camino que condujo a la ampliación de la protección de terceros, el criterio decisivo —la conocida como «teoría de la finalidad protectora»¹⁷⁷— fue siempre teóricamente el mismo. Pero sus resultados favorecieron cada vez más la protección de terceros. La razón de esa inequívoca dirección expansiva residía en la influencia de los derechos fundamentales, ya fuese de forma explícita, como suele suceder en la doctrina, que impulsa a ir hacia delante; ya fuese de forma implícita, cuando los órganos judiciales llegaban por vía interpretativa a la conclusión de que una norma tenía la mencionada finalidad protectora de terceros. Allí donde el tenor literal de la ley y su *telos* original (en la mayor parte de los casos, apenas reconocible) no habían dotado a los terceros de derechos subjetivos, la jurisprudencia consideró por vía de interpretación que ciertos terceros estaban incluidos en el ámbito de protección. Detrás se encontraba —aunque sin ser expresada— la reflexión de que, de lo contrario, la correspondiente norma legal sería inconstitucional, por no dotar del carácter de derechos subjetivos —debiendo hacerlo— a los intereses legítimos de los terceros y vecinos. No fue necesario explicitar esa reflexión, puesto que, especialmente la jurisprudencia,

¹⁷⁶ Por parte de los jueces de altas instancias (por ejemplo VALLENDAR, «Planungsrecht im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts», *UVR*, 1998, pp. 81 y ss.) se formula una y otra vez el reproche de que la doctrina se limita a ir por detrás; a ese respecto RONELLENTSCH, «Fachplanung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en GRUPP/RONELLENTSCH (eds.), *Planung – Recht – Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blumel zum 70. Geburtstag*, 1999, p. 497; también Michael Stollens en lo referente a la jurisdicción administrativa: «No precede a la praxis iluminando el camino con su antorcha, sino que va detrás de ella llevando la cola de su vestido», STOLLENS, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 2), p. 257. Falta estudios que profundicen en esa cuestión; es probable, con todo, que las interacciones entre tribunales y doctrina sean más complejas de lo que sugieren tan plásticas formulaciones.

¹⁷⁷ Entre la abundante doctrina, WAHL, en SCHUCH/SCHMIDT-ABMANN/PLETZNER (eds.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1996, observación preliminar al apartado 2 del § 42, núms. 45 y ss.

ya pronto y en medida siempre creciente, hizo una interpretación extensiva de la finalidad protectora de las leyes¹⁷⁸. El resultado fue que se consiguió dar carta de naturaleza en el Derecho administrativo al tercero y se aceptó su titularidad de posiciones derivadas de derechos públicos subjetivos, sin necesidad de sentencias constitucionales, ni de plantear cuestiones de inconstitucionalidad, sino a través de la interpretación por los tribunales administrativos y la doctrina. La influencia del Derecho constitucional, indudablemente existente, no se expuso de forma explícita, pero guió el proceso de extensión de las finalidades protectoras. Como problema derivado de la ampliación de los derechos de los terceros, pronto aparecieron procedimientos y recursos masivos¹⁷⁹, que situaron al procedimiento administrativo y al Derecho procesal administrativo frente a considerables desafíos.

5. Resoluciones complejas en el Derecho medioambiental

Un importante rasgo distintivo de la licencia medioambiental, marcada como está por los puntos de vista propios del Estado medioambiental, es su carácter, casi siempre, *complejo*¹⁸⁰. Un claro indicio de ello es la rapidez con que hizo

¹⁷⁸ Al final de esa evolución, SCHMIDT-Preuss, *Kollidierende Privatrechtsen im Verwaltungsrecht: das subjektive Öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, 1992 (2.ª ed., 2005) puede constatar que, dondequiera que en una relación horizontal choquen intereses contrapuestos de distintos propietarios, también el vecino ha de tener derechos públicos subjetivos. Esta fue una interpretación certera, pero a todas luces también una interpretación que ya no se ocupaba de la finalidad protectora que probablemente deseaba conseguir la ley en un principio, sino que tomaba como base la finalidad que debería tener la ley en atención a los derechos fundamentales.

¹⁷⁹ Blümel, «Masseneinwendungen im Verwaltungsverfahren», en SCHIEDER/GOTZ (eds.), *Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber*, 1974, pp. 539 y ss.; y los comentarios a los §§ 17-19 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), por ejemplo, BONK/SCHMITZ, en STRIKENS/BONK/SACHS (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6.ª ed., 2001.

¹⁸⁰ Una instalación técnica que incluya una chimenea alta se puede considerar de entrada como una instalación que tiene un área de influencia directa circunscrita a estrechos límites y cuyas repercusiones son abarcables en cierto modo. Sin embargo, las repercusiones no previsibles con exactitud, las situaciones de riesgo no definibles con precisión, etc., son circunstancias que

carrera el concepto de resolución compleja en los años setenta¹⁸¹. La complejidad es rasgo distintivo de los voluminosos procedimientos de aprobación de los planes y proyectos sectoriales en el campo de las infraestructuras y de las resoluciones adoptadas en materia de concesión de licencias a instalaciones industriales. El carácter complejo agrava el problema que supone la obtención de información acerca de la situación fáctica existente, el «estado de cosas»; y, dado el creciente número de afectados, incrementa, también, el potencial de conflicto. Allí donde deba aplicarse el principio de precaución se dan, además, a causa del adelantamiento de la protección, pasos que se adentran en el terreno de lo incierto y lo inseguro¹⁸² (los abordaremos más adelante en un contexto más amplio, en relación con el Derecho administrativo de la gestión de riesgos)¹⁸³. En su conjunto, la Administración se fue haciendo cada vez más dependiente del saber especializado y de los juicios prospectivos. Las resoluciones complejas aumentaron la necesidad de destinar recursos de todo tipo a los procedimientos administrativos; y aumentaron, también, el ma-

pueden no entrar en juego solo hasta que se considera de forma global esa instalación en sus repercusiones reales. Se trata, como hemos mostrado, de una cuestión de perspectiva y del modo en que se examine el asunto. Si se contempla desde la perspectiva correcta, la instalación es un proyecto complejo, toda vez que a través de su alta chimenea tiene repercusiones muy amplias sobre muchos bienes medioambientales. Así, el surgimiento de la conciencia de la complejidad y la cuestión de los proyectos a gran escala son, en gran parte, fenómenos relativos al cambio de percepción y consecuencia de un punto de vista adecuadamente amplio, mientras que, en los años precedentes, la más estrecha perspectiva podría ser entendida, lisa y llanamente, como propia de una época de cierta ligereza jurídica, lo que, sin embargo, descansa evidentemente sobre consideraciones demasiado simplistas.

¹⁸¹ SCHMIDT-ABMANN, «Vervaltungsverantwortung» (nota 120) WAhL, *Rechtsfragen* (nota 116), vol. 1, 1978, pp. 42 y ss.; DI FABIO, *Risikoevidenz* (nota 42), pp. 24 y ss. (desafíos para el Derecho administrativo resultantes de resoluciones complejas).

¹⁸² Allí donde se sale del campo de un peligro tangible, intuitivamente perceptible y de contornos relativamente bien definidos, las intervenciones estatales y sus instrumentos caen en un ámbito que ya no es claramente abarcable a primera vista y presenta interrelaciones casi siempre complejas. Si ciertas situaciones o características pueden tener o no resultados nocivos o problemáticos, es algo típicamente inseguro; también las relaciones causales no solo son difíciles de determinar, sino que, frecuentemente, son inciertas y su complejidad es tal que puede perderse la seguridad al tratar de seguir sus concatenaciones. El Derecho medioambiental, al igual que el Derecho sanitario, se transforma aquí en Derecho administrativo de la gestión de riesgos.

¹⁸³ *Infra* C. IV.3 y 4.

terial potencialmente problemático y la probabilidad de la aparición de conflictos. Especialmente en las licencias nucleares se puso a prueba la capacidad de la licencia como institución adecuada a problemas de estas dimensiones. Ahora bien, en último término, las dificultades de las resoluciones complejas y de los procedimientos masivos son un mero reflejo de la complejidad de los proyectos desde el punto de vista técnico y de sus repercusiones sociales. Lo complejo puede llegar a ser algo menos complejo si se aborda con habilidad, pero no es posible hacer que resulte realmente sencillo.

La peculiar naturaleza de la decisión compleja encontró traducción jurídica, también, en la ampliación de su programación normativa. Además de las leyes reguladoras del medio ambiente y la técnica, hay que aplicar múltiples disposiciones de desarrollo reglamentario que, a su vez, remiten a otras disposiciones administrativas y normas técnicas. Es característico de la situación descrita —y tiene su lugar propio en este contexto— el hecho de que la problemática de las normas y los estándares técnicos reciba cada vez más atención y esté cobrando cada vez más importancia. Con la «intervención» de la categoría alemana de la disposición administrativa que tiene como finalidad la concreción de otras normas la jurisprudencia trató de librarse de las dificultades derivadas del crecimiento exponencial del volumen de circunstancias y detalles técnicos que era necesario controlar¹⁸⁴. De ese modo, se renunció, en parte, subrepticamente y sin más teorización, al dogma del control judicial sin excepciones, lo cual fue, para parte de los jueces y de la doctrina, un efecto secundario positivo; y, para otros, un pecado mortal.

En el campo de la regulación referida a la técnica se solapan el Derecho medioambiental y el Derecho de la técnica, del que trataremos a continuación. Ambos campos del Derecho que tratan una peculiaridad que se puede denominar «cientificación» de la actuación administrativa y se manifiesta en el habitual y más intenso recurso a los *conocimientos especializados*. Ambos tienen que lidiar por principio, no

¹⁸⁴ WAhL, «Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrollpflicht», *NWZ*, 1991, pp. 409 y ss. Entre quienes han criticado esa figura cabe citar a SCHULZE-FIEBIGER, «Technik und Umweltrecht», en SCHULTE (ed.), *Technikrecht* (nota 162), pp. 474 y ss., con más referencias.

solo esporádicamente, con inseguridades e incertidumbres. La relevancia del saber especializado, concretamente, de los conocimientos, investigaciones y pronósticos que superan la cultura general y están necesitados de análisis científico, aumenta espectacularmente. De este modo, el Derecho medioambiental, el Derecho de la técnica y el Derecho sanitario son los ámbitos en los que más claramente se ponen de manifiesto los problemas derivados de su dependencia del dictamen de los expertos¹⁸⁵. Los problemas concretos planteados son tan complejos y sus repercusiones tan inciertas que el recurso a los conocimientos especializados científicos o técnicos se convierte en un compañero constante de la actividad administrativa. Por esa razón estos campos son interdisciplinarios desde el principio y por su propia naturaleza¹⁸⁶. Del problema derivado de la dependencia del dictamen de los expertos surge, por otra parte, la tarea —muy difícil y apenas susceptible de una solución que sirva para todos los casos— de delimitar la responsabilidad imputable a la decisión política y administrativa, por una parte, y a los conocimientos especializados técnicos, por otra. Y sin embargo, la efectividad de la actuación y la legitimidad de la decisión exigirían que fuera posible esa delimitación.

6. La impronta constitucional del Derecho medioambiental

También en el Derecho medioambiental se manifestó la condición bifronte del Derecho público como Derecho ad-

¹⁸⁵ De forma amplia ahora, sobre ese punto, Völkurle, «Die sachverständige Beratung des Staates», en ISENSEE/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, 3.ª ed., 2005, § 42; véase, también, SCHULZE-FLEITZ, «Technik» (nota 184), p. 449; «La independencia de los conocimientos especializados técnicos y científicos», SCHOLZ, *Der private Sachverständige im Verwaltungsauftrag*, 2005; FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsantrag*, 2001; SEIDEL, *Privater Sachverständiger und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht*, 2000. Una cuestión decisiva en la que los expertos desempeñan un cometido central es esta: ¿cuál es el grado suficiente de seguridad?

¹⁸⁶ A ese respecto, por todos, SALJE, «Technikrecht und Ökonomische Analyse», en SCHULTE, *Technikrecht* (nota 162), pp. 73-110; y VEC, «Kurze Geschichte des Technikrechts. Von den Anfängen bis zum Ersten Weltkrieg», en SCHULTE, *loc. cit.*, pp. 3-60.

ministrativo y Derecho constitucional. Mostraremos aquí la *impronta constitucional* del primero a modo de ejemplo paradigmático idóneo para corroborar esa aserción de fondo acerca del Derecho público. Lo que en el Derecho medioambiental hay de Derecho constitucional ha evolucionado, incluso, hasta dar lugar a un *Derecho constitucional medioambiental*, dotado de cierta autonomía: una clara muestra de la importancia de la Constitución en el Derecho medioambiental. Los manuales dedican amplio espacio a ese Derecho constitucional sectorializado, como cabría denominarlo. Para ello centran su atención en la aplicación de los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el Derecho medioambiental, por un lado; y, por otro, en los contenidos específicamente medioambientales del Derecho constitucional, como el art. 20a de la GG, que introdujo la nueva función medioambiental del Estado. Del primer grupo de cuestiones forman parte —como acaba de decirse— los problemas concernientes a los derechos fundamentales. Estaban y están muy presentes en el Derecho medioambiental, tanto en lo que respecta a su vertiente subjetiva de reacción, como en la objetiva de protección estatal. El segundo grupo de cuestiones concernientes al Derecho constitucional específico del medio ambiente ha encontrado reflejo en el art. 20a de la GG. Esa modificación de la Ley Fundamental, largamente debatida y muy controvertida¹⁸⁷, es significativa, cuando menos, por el hecho de que convirtió la cuestión de la protección del medio ambiente en una cuestión constitucional. Esto resultaba de todo punto necesario, porque los derechos fundamentales regulan las relaciones de los individuos con el Estado y con otros individuos, pero no las relaciones de la persona con el medioambiente en el que viven (o con el que conviven, según también se formuló). El precepto constitucional relativo a la función medioambiental del Estado no tenía, obviamente, prioridad cronológica respecto del Derecho legal vigente. La inclusión de ese objetivo en el texto constitucional es, más bien, una elevación *a posteriori* de los objetivos de protección expresados en el Derecho medioambiental

¹⁸⁷ A ese respecto y acerca de los problemas interpretativos, ver los comentarios al art. 20a de la GG, con muchas referencias.

ordinario y de la responsabilidad por su consecución que en cualquier caso le incumbe al Estado.

La impronta constitucional de las leyes medioambientales concretas se manifiesta, por ejemplo, en el caso de la *BImSchG*, también —y precisamente—, en el concepto de precaución. Una limitación interna de las facultades del Estado es necesaria también en lo que respecta a ese concepto central del Derecho medioambiental, ya que dicho concepto comporta una importante ampliación de las posibilidades de intervención estatal. No puede existir una precaución sin límites, que desplace continuamente su umbral de intervención hacia abajo o hacia delante; y tampoco nadie ha defendido seriamente esa precaución ilimitada¹⁸⁸. Añadiendo un concepto afortunado, la doctrina y la jurisprudencia han establecido como requisito (constitucional y de Derecho ordinario) de la precaución el motivo (razonable) de preocupación (por los efectos potencialmente peligrosos). La precaución está permitida cuando existe un motivo de preocupación de ese tipo, también con base en indicios científicos¹⁸⁹. La *BImSchG* suscitó una corta pero enconada controversia constitucional también con su regulación de las obligaciones del operador (§ 5 *BImSchG*) y de las obligaciones impuestas una vez concedida la licencia medioambiental (§ 17 *BImSchG*), que revisen gran importancia práctica para el equipamiento de instalaciones antiguas¹⁹⁰.

El Derecho de la energía nuclear, que es el campo del Derecho medioambiental más controvertido políticamente, fue

¹⁸⁸ La batalla jurídica contra la precaución estuvo presidida por el siguiente —y, por ello, poco útil— lema de «no a la precaución meramente por si acaso».

¹⁸⁹ En cambio, si no se alcanza ese umbral y solo cabe especular sobre las relaciones causa-efecto, no procede adoptar medidas de precaución.

¹⁹⁰ Von Murrus, «Bestandsschutz bei Altanlagen», en *UmweltVerfassung/Verwaltung* (Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht zu Köln), vol. 50, 1982, pp. 203 y ss.; id., *Immissionschutzrechtliche Vorsorge und Bestandschutz bei Altanlagen. Rechtsgutachten im Auftrag des VDE*, 1982, ese dictamen recibió la crítica frontal de Sendler, «Wer gefährdet wen. Eigentum und Bestandsschutz den Umweltschutz – oder umgekehrt?», *UfPR*, 1983, pp. 33 y ss., y 73 y ss.; Sach, *Genehmigung als Schutzschild*, 1994, pp. 95 y ss., y 100 y ss. En el § 17 *BImSchG* se planteó de forma paradigmática la cuestión de las relaciones entre la protección de los derechos adquiridos y de la confianza legítima y las obligaciones del operador, y se puso de manifiesto la apertura parcial del derecho de propiedad.

acompañado, precisamente por esa razón, por un permanente discurso constitucional. La obligación de proteger a las personas que viven en el entorno de las centrales, por un lado, y los derechos fundamentales de los operadores, por otro, estaban implicados en prácticamente todas las cuestiones de Derecho ordinario. Los derechos fundamentales se tratan a colación constantemente al abordar los problemas de aplicación del Derecho ordinario. Es cierto que solían esgrimirse de forma selectiva y partidista, pero, a la postre, todas las partes enfrentadas buscaban en el Derecho constitucional los criterios decisivos para la adopción de resoluciones¹⁹¹. Los tribunales decidieron, por ejemplo, si la energía nuclear es admisible como tal, si la licencia puede ser objeto de una decisión discrecional o hasta dónde pueden llegar las obligaciones que se imponen al titular de una autorización después de que esta se haya otorgado. A resultas de todo ello, el Derecho de la energía nuclear es el ámbito del Derecho, de los que aquí importan, con más contenido constitucional¹⁹². El Derecho de aguas, una materia jurídica clásica, recibió por obra de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la Ley de aguas (*Wasserhaushaltsgesetz*)¹⁹³ una fundamentación más profunda y una clara orientación.

7. El Derecho medioambiental como Derecho europeizado desde sus inicios

Es necesario destacar y subrayar de nuevo que el Derecho medioambiental, casi tan pronto como fue construido y sistematizado en el Derecho nacional, se situó bajo la creciente influencia del Derecho comunitario (Derecho medioambiental como Derecho europeizado; Derecho medioambiental como combinación de Derecho comunitario y Derecho nacional). El Derecho relativo a la contaminación atmosférica

¹⁹¹ WAHL, «Genehmigungsstatbestand und Dynamisierung der Schadensvorsorge», en OSSENBÜHL (ed.), *Deutscher Atomrechtstag 2004*, 2005, pp. 15 y ss.

¹⁹² A ese resultado contribuyó también la circunstancia de que la Ley sobre energía nuclear (*Atomgesetz*) fuese relativamente antigua (1959) y de que, a causa de ciertas controversias políticas, no fuese posible reformarla realmente. La tarea quedó así en manos del Derecho judicial.

¹⁹³ BVerfGE 58, 300.

y el Derecho de aguas siguieron caminos legislativos paralelos, naturalmente con la primacía del Derecho comunitario y la obligación de transponerlo. El fuerte crecimiento del Derecho comunitario —existe una competencia propia de la Unión Europea en el art. 174 del TCE*— convirtió al Derecho medioambiental alemán, en gran medida, en un Derecho de transposición; y al legislador alemán en un legislador de transposición. Muchas, muchísimas disposiciones de las leyes alemanas proceden del Derecho comunitario en su contenido y, sobre todo, en sus «fines»¹⁹⁴ y planteamientos de fondo. El Derecho medioambiental alemán sigue, en el tiempo y en su contenido, el ritmo que le marcan las obligaciones de transposición. La legislación obedece cada vez menos a decisiones y planteamientos propios, sino que da seguimiento, transponiéndolo, al Derecho comunitario; también —y cada vez más frecuentemente—, en la forma deficitaria que consiste en transponerlo con retraso.

Desde comienzos de los años setenta la influencia europea no solo ha aumentado cuantitativamente, sino que también se ha modificado cualitativamente.¹⁹⁵ Al principio lo que existía eran directivas referentes a la contaminación atmosférica que preveían valores límite diferentes. Después vino la fundamentación de la protección del medio ambiente en el Derecho originario¹⁹⁶, y, más tarde, aparecieron las directivas

* N. del T.: Actual art. 191 TFUE: la competencia en materia de medio ambiente se califica como compartida entre la Unión y los Estados miembros por el art. 4.2 e) TFUE.

¹⁹⁴ Apartado 3 del art. 249 del TCE: «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». [N. del T.: actual apartado 3 del art. 288 TFUE].

¹⁹⁵ Sobre la presión recibida para adaptarse a ella y sobre las estrategias alternativas de reacción a esa presión, tomando como ejemplo el Derecho relativo a la concesión de licencias, véase WAHL, «Genehmigungs- und Umweltrecht» (nota 50), pp. 248 y ss.

¹⁹⁶ El art. 174 del TCE; acerca del principio de precaución en el Derecho europeo y en el Derecho internacional (*precautionary principle*) APPEL, «Europas Sorge um die Vorsorge», NVwZ, 2001, pp. 395 y ss.; id., «Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge» (nota 156), pp. 199 y ss. y 202 y ss.; acerca de la precaución en el Derecho internacional, pp. 217 y ss. y 227 y ss.; EBBEN, *Das Vorsorgegebot im Völkerrecht*, 2005 (estudia la aplicación práctica de los tratados internacionales referentes a la protección del medio ambiente marino, la protección de la capa de ozono, la protección del clima, la pesca en alta mar, el tratamiento de los organismos genéticamente modificados, las medi-

que seguían modelos legislativos específicos (referencia al medio ambiente como un todo, toma en consideración de las interacciones, autorizaciones integradas). Obviamente, la influencia de estas directivas sobre el acervo del Derecho alemán fue mucho más profunda: se convirtieron en el auténtico desafío de la europeización. Del Derecho europeo procedían, a partir de ese momento, no solo regulaciones concretas diferentes, sino concepciones sistemáticas distintas que, evidentemente, no se dejaban insertar tan fácilmente y sin fricciones. Este asunto dominó el debate planteado en torno a la transposición de la Directiva de evaluación de las repercusiones medioambientales, de la Directiva de prevención y control integrados de la contaminación y, ahora, también de la Directiva sobre la libertad de información.

IV. RIESGO

1. El riesgo como nuevo concepto central

En los años ochenta el creciente éxito del concepto de riesgo¹⁹⁷ anunció la aparición de un nuevo concepto central, de un nuevo centro de gravedad de toda una serie de problemas

das de policía sanitaria y las medidas fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio). O'RIORDAN/CAMERON, *Interpreting the precautionary principle*, 1994; REHBINDER, «Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich», en BATTIS/REHBINDER/WINTER (eds.), *Umweltrechtliche Studien*, vol. 12, 1990.

¹⁹⁷ WAHL/APPEL, «Prävention» (nota 154), pp. 84 y ss., 92 y ss. y 106 y ss.; WAHL, en VON LANDMANN/ROHMER (eds.), *Umweltrecht*, vol. IV, observación preliminar a la Ley de tecnología genética (*Genentechnikgesetz*, en adelante GenTG), núms. 10-20; § 6 núms. 32-72; id., «Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht», ZLR, 1998, pp. 275 y ss. — Para una visión de conjunto, también MURSWIEK/SCHLUNK, «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», VVDStRL 48 (1990), pp. 208 y ss. y 235 y ss. Acerca del amplio debate, de su inicio y de su actual estado, en cada caso con referencias: SCHERZBERG, «Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?», VVDStRL 63 (2004), pp. 214 y ss.; LEISUIS, «Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?», VVDStRL 63 (2004), pp. 264 y ss.; STOLL, *Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft*, 2003; BÖHM, «Risikoregulierung und Risikokommunikation als interdisziplinäres Problem», NVwZ, 2005, p. 609; KAHN, «Risikoverantwortung als Teil der Innovationsverantwortung», DVBl., 2003, pp. 1105 y ss.; SCHULZE-FIELITZ, «Technik» (nota 184), p. 443.

y, quizá, también, de un nuevo tipo de Administración.¹⁹⁸ La novedosa expresión «Derecho administrativo de la gestión de riesgos»¹⁹⁹ apunta al menos en esa dirección. La inserción en el Derecho del concepto de riesgo—conocido en las ciencias naturales ya desde mucho tiempo atrás—comenzó por su utilización puntual en el Derecho medioambiental (primero, como riesgo residual en el Derecho nuclear), que fue seguida por una lenta migración hacia las materias del Derecho que fueron denominadas Derecho medioambiental y Derecho de la técnica²⁰⁰—las cuales, de ese modo, se abrieron mucho más al campo de aplicación de un Derecho (administrativo de la gestión) de riesgos—; y se extendió especialmente al Derecho de los medicamentos, al Derecho alimentario, al Derecho de la tecnología genética y al Derecho aplicable a otras tecnologías modernas. Se creó el riesgo como nuevo concepto jurídico que encontró reflejo en diversas leyes positivas (especialmente, en la Ley de tecnología genética (*Gentechnikgesetz*), § 6²⁰¹], en el proyecto del código de Derecho medioambiental²⁰² y en la tarea sistematizadora de la doctrina²⁰³.

¹⁹⁸ Más detalladamente, sobre esto, WAHL, «Risikobewertung» (nota 197), pp. 278-291; BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT (ed.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE)* (nota 170), p. 439. El § 2 del proyecto de código medioambiental contiene definiciones expresas de los conceptos de «peligro» y «riesgo». El riesgo es así «la posibilidad de que se produzca un efecto negativo de envergadura no meramente insignificante sobre un bien protegido por el presente código, siempre y cuando no parezca prácticamente descartable que llegue a darse». El núm. 6 del § 2 comienza definiendo el riesgo medioambiental y a continuación define el «peligro medioambiental» como «aquel riesgo medioambiental que en atención al grado de la probabilidad de que se produzca y al alcance de los daños que puede causar ya no es asumible». — SCHLACKE, *Risikoeinscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht*, 1998.

¹⁹⁹ DI FABIO, *Risikoeinscheidungen* (nota 42).

²⁰⁰ Concepto empleado por Kloepper, a quien debemos también publicaciones específicas en el campo del Derecho de la técnica, por ejemplo KLOEPPER, *Technikentwicklung und Technikrecht* (2000), id., *Technikentwicklung als Rechtsproblem*, 2002; id., *Technik und Recht im wechsellseitigen Werden*, 2002; id., *Kommunikation – Technik – Recht*, 2002; SCHULTE (ed.), *Technikrecht* (nota 162).

²⁰¹ WAHL, en LANDMANN/ROHMER, *Umweltrecht*, vol. IV, *GentG* § 6, núms. 13 y ss. y 25 y ss.

²⁰² BUNDESMINISTERIUM FÜR UMWELT, NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT (ed.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE)* (nota 170), § 2 núms. 4 y 5, a ese respecto pp. 439-442.

²⁰³ Véase, también, nota 197.

Hay que subrayar que, con el reconocimiento en el Derecho del concepto de riesgo, anteriormente entendido como concepto de las ciencias naturales, quedó definido, simultáneamente, un extenso ámbito de aplicación de aquel. El concepto rector de «riesgo» se vio rápidamente rodeado—si se permite la expresión—por un gran número de «retoños conceptuales», como la determinación del riesgo, la percepción del riesgo, el tratamiento del riesgo y la estimación del riesgo²⁰⁴. En esos conceptos concomitantes ya se pone de manifiesto con claridad el rasgo distintivo más característico del Derecho del riesgo (del paradigma de riesgo). El primer plano está ocupado por modelos *procedimentales*, métodos de cálculo del riesgo y técnicas para su estimación, de determinación de quién posee los correspondientes conocimientos especializados y de designación de los expertos que deben intervenir en esas estimaciones. La regulación jurídica tiene su centro de gravedad no directa e inmediatamente en la cuestión de qué magnitud de riesgo es admisible, sino que—en la mayor parte de las ocasiones—va encaminada a especificar quién, con qué métodos y valiéndose de qué saber especializado puede decidir sobre si es admisible asumir el riesgo en un caso concreto²⁰⁵. Si, en una primera aproximación, el concepto de riesgo indica el umbral material hasta el cual una conducta es admisible, al contemplar la cuestión más de cerca, la pregunta material—que suele ser insusceptible de regulación—se disuelve en reglas de procedimiento y de competencias mediante las que se establece cómo se puede llegar a un resultado.

²⁰⁴ SCHLACKE, *Risikoeinscheidungen im europäischen Lebensmittelrecht*, 1998, pp. 20-43, 136, 154, 253 y ss.; FAJKE, *Institutionen zur Risikobewertung und Risikomanagement im In- und Ausland*, 2003; BOHM, «Risikoregulierung und Risikokommunikation als interdisziplinäres Problem», *NVwZ*, 2005, p. 609; APEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge* (nota 156), pp. 164-166; véase, también, DI FABIO, *Risikoeinscheidungen* (nota 42), pp. 128 y ss., 142-145 y 154 y ss.

²⁰⁵ Si se carece de criterios materiales, el Derecho poco puede aportar para responder a la pregunta de qué magnitud de riesgo es aceptable; no obstante, el Derecho puede determinar, y es evidente que así lo hace, quién, con qué métodos y valiéndose de qué conocimientos especializados está legitimado para determinar si se puede asumir el riesgo en cuestión en el caso concreto de que se trate.

2. Del concepto jurídico de riesgo al Derecho de la sociedad del riesgo

El éxito del concepto de riesgo en el Derecho muestra, de forma similar a lo que sucedió con el concepto de medio ambiente, un cambio de percepción y sensibilidad. Como es obvio, el Derecho de la seguridad y el de policía conocían la elemental evidencia de que el futuro es incierto; y de que, en el incierto futuro, son muchos los peligros que nos amenazan. El hecho de que el *nuevo concepto central de riesgo* se haya añadido al concepto tradicional de peligro (y al de la evitación de peligros) indica una modificación de la conciencia colectiva. Ese nuevo concepto responde al aumento de la complejidad de los procesos técnicos, por un lado; y de las repercusiones percibidas para el medio ambiente y el entorno, por otro. La *inseguridad* y la *incertidumbre* ascienden al nivel de nuevos conceptos clave²⁰⁶. Se pone la mirada ahora en relaciones causales mucho más largas y complejas; las repercusiones de la actuación son objeto de seguimiento en más ámbitos y dimensiones. De una forma similar (o algo más débil) a la que analizamos más arriba, al estudiar la planificación y la política medioambiental, también aquí cabe constatar un proceso de reacción en varios estratos a esa modificación de la conciencia social. Y, al final de ese proceso, está la autopercepción de la sociedad como sociedad del riesgo.

En un *primer* estrato o plano de la elaboración jurídica es necesario interpretar dogmáticamente el riesgo —tal y como ese concepto aparece en las nuevas normas— para la aplicación de la ley y la praxis jurídica. Así, por ejemplo, la comisión de expertos formada para redactar un código de Derecho medioambiental distinguía el riesgo ordinario (producto de la probabilidad de que lleguen a producirse daños y de la magnitud de los mismos) del peligro como

²⁰⁶ LADUR, «Die Akzeptanz von Ungewißheit», en VOIGT (ed.), *Recht als Instrument der Politik*, 1986; APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge* (nota 156), pp. 145 y ss. El tema de la inseguridad es objeto de resoluciones judiciales relativas, especialmente, a la problemática de la telefonía móvil y de la contaminación electromagnética; véase a ese respecto la nota 219.

riesgo cualificado²⁰⁷. Ahí se hace visible que campos del Derecho que, al principio, parecían muy distintos y distantes entre sí, como el Derecho de la tecnología genética, el Derecho alimentario o el Derecho de los medicamentos, han recibido del nuevo concepto central una común articulación sistemática y han llegado, así, a conformar un ámbito de problemas dotado de coherencia interna. La percepción de este hecho facilita el intercambio de soluciones y el conocimiento sistemático.

En un *segundo* plano, la atención debe centrarse en las peculiaridades de ese campo o terreno común del Derecho. Que para ello se necesitan innovaciones, lo muestra ya en su subtítulo el trabajo pionero de *Udo Di Fabio*, «Decisiones de riesgo en el Estado de Derecho: acerca del cambio de la dogmática en el Derecho público»²⁰⁸.

Muy rápidamente apareció en el tratamiento de estas materias jurídicas, también, el *tercero* de los planos arriba mencionados, esto es, el de la reflexión sobre una función estatal específica, sobre los cambios del Estado y del modo en que este entiende sus funciones. Con base en consideraciones sociológicas, sobre todo las de Ulrich Beck acerca del concepto, entonces explosivo, de la sociedad del riesgo²⁰⁹, se desarrollaron ideas referentes a la función del Estado en la prevención del riesgo; la *prevención de riesgos* y la *adopción de precauciones para el futuro* como nueva función estatal reciben un completo desarrollo, sobre todo, en la obra de Ivo Appel a ese respecto²¹⁰. También en ese caso es muy ilustrativo ya el título: «La adopción por el Estado de precauciones para el futuro y el desarrollo. Acerca del cambio de la dogmática del Derecho público en el modelo de desarrollo sostenible del Derecho medioambiental»²¹¹. Ese trabajo apunta a

²⁰⁷ Acerca del concepto de riesgo en el borrador de la comisión de expertos, véase la nota 170.

²⁰⁸ El título completo es: «Decisiones de riesgo en el Estado de Derecho: acerca del cambio de la dogmática en el Derecho público, especialmente en el Derecho de los medicamentos» (nota 42), pp. 11 y ss. (etapas evolutivas del Derecho administrativo), pp. 445-472 (el cambio en la dogmática).

²⁰⁹ BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

²¹⁰ APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge* (nota 156).

²¹¹ Allí se estudia con detalle (y es una cuestión fundamental para ese trabajo) «la modificación de las perspectivas de la actividad estatal», pp. 42 y ss.

una reorientación del Derecho administrativo, para la cual reviste importancia decisiva la contraposición de la restringida atención que el Derecho administrativo prestaba tradicionalmente al futuro con el vivo interés que hoy dedica tanto al futuro como al desarrollo.

3. Riesgo – prevención – peligro

En lo que sigue no estudiaremos más de cerca los intentos—notables de suyo—de aclarar los conceptos fundamentales de todo el campo de las decisiones sobre el riesgo²¹². La cuestión giraba—así debía ser—en torno a la adecuada relación entre sí de los conceptos de peligro, prevención y riesgo. Dentro de ese debate se formularon numerosas propuestas bien fundadas de modificar la forma tradicional de entenderlos: se había heredado un esquema triangular de riesgo residual, prevención y peligro; pero, al estudiar el asunto más de cerca, se reveló como preferible otro esquema triangular, que es el de la diferenciación entre riesgo residual, riesgo ordinario y peligro como riesgo incrementado²¹³.

El *segundo* plano, importante en el Derecho administrativo de la gestión de riesgos, es el campo de las innovaciones jurídicas. De algunas de ellas ya hemos hablado con ocasión del solapamiento del Derecho medioambiental y el Derecho de la técnica. Conceptos centrales, como los de inseguridad e incertidumbre, y las técnicas procedimentales de determinación y estimación del riesgo caracterizan, también—e, incluso, todavía en mayor medida—, las peculiaridades jurídicas del Derecho administrativo de la gestión de riesgos. También nos vuelve a salir al paso aquí el conjunto de problemas de la normación técnica y de sus exigencias jurídicas²¹⁴.

²¹² Algunas reflexiones a ese respecto en WAHL, «Risikobewertung» (nota 197).

²¹³ Para abreviar, nos permitimos remitirnos a WAHL, «Risikobewertung» (nota 197).

²¹⁴ MÜLLER-GRAFF (ed.), *Technische Regeln im Binnenmarkt*, 1991; MARBURGER, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, id. (ed.), *Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht*, 2006; JORISSEN, *Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen*, 1997; BREUHMANN, *Normung und Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, 1993; RENGELING (ed.), *Umwelt-*

Relevante es, asimismo, el espacio que ocupan aquí los modelos de articulación del asesoramiento científico y la decisión político-administrativa²¹⁵. En este ámbito se está abriendo paso recientemente la percepción de que las decisiones de riesgo presentan una mezcla de conocimientos especializados técnico-científicos y de responsabilidad político-jurídica. Cuanto más inseguro es el conocimiento que sirve de base, cuanto menos afianzados están teórica y empíricamente los conocimientos existentes acerca del riesgo, tanto más importantes devienen, en el marco de la decisión de riesgo que debe adoptarse, el componente de política legislativa y la capacidad de valorar el riesgo en cuestión que posean el legislador, la Administración y—en la medida de sus atribuciones de control—también los tribunales. Y, en el terreno conceptual, la obligación constitucional de protección impuesta al Estado exige, al comienzo de toda esta cadena resolutoria, que el legislador adopte—con conocimiento de causa—la decisión fundamental acerca de si una tecnología que implica ciertos riesgos puede ser siquiera admitida; y si está bien fundado el pronóstico de que sus efectos perjudiciales podrán ser dominados o limitados.

4. Impronta constitucional

Todos los problemas de fondo aquí mencionados son objeto de minuciosos debates²¹⁶, que aquí no podemos exponer

normung, 1998; SCHULTE, «Materielle Regelungen: Umweltnormung», en RENGELING (ed.), *Handbuch zum Europäischen und deutschen Umweltrecht (EUDUR)*, vol. 1, 2003, § 17; KLOEPFER, *Instrumente des Technikrechts*, en SCHULTE, *Technikrecht* (nota 162), pp. 111 y 133 y ss. Acerca de la significación jurídica del efecto indiciario refutable de los estándares y de los reglamentos técnicos, BVERWGE 79, 254, 264; BVerwG, UPR, 1997, pp. 101 y ss.; sobre esto, KLOEPFER, *loc. cit.*, pp. 145 y ss.

²¹⁵ Acerca de la problemática de fondo, VOKUNNE, «Beratung» (nota 185), § 43 núms. 17-23; y acerca del potencial de peligro que alberga el asesoramiento especializado por personas privadas, núms. 50 y ss. y 63 y ss. (criterios de una dogmática general del Derecho aplicable a los expertos); cfr., también, DI FABIO, *Risikoeinschätzungen* (nota 42), pp. 292 y ss.; la dependencia respecto de la ciencia a la hora de valorar el riesgo en el Derecho de los medicamentos, pp. 294 y ss., 297 y ss. y 457 (configuración cooperativa del riesgo); STOLL, *Sicherheit* (nota 197), pp. 421 y ss.

²¹⁶ Recientemente, SCHERZBERG y LEPSIUS, «Risikosteuerung» (nota 197), pp. 214 y 264 y ss., con numerosas referencias.

con más amplitud. En una enumeración de los grupos de problemas específicos del Derecho del riesgo y del Derecho de la técnica ocupan el primer lugar los problemas constitucionales referentes al alcance de la obligación de protección que incumbe al legislador, especialmente, el problema de si existe una obligación de protección en el campo de la prevención. Se plantea, también, la cuestión relativa a la reserva de ley, en concreto, la cuestión de si tiene que ser el legislador quien determine cuándo existe el suficiente grado de seguridad. La principal tarea del Derecho administrativo de la gestión de riesgos en sentido estricto estriba en dar respuesta a las numerosas preguntas que giran en torno a la norma-ción, esto es, en torno al establecimiento de estándares técnicos. En el Derecho administrativo de la gestión de riesgos y en el Derecho de la técnica existe una gran necesidad—sed, incluso, cabría decir—de estándares técnicos, es decir, de reglas elaboradas con base en conocimientos especializados, y no por el legislador ni por la Administración con arreglo a sus criterios propios. De ese modo, se abre un amplio campo de cuestiones de Derecho público—también de Derecho de organización—referentes a la normativización jurídica de las normas técnicas. Está necesitado de solución el problema de la legitimidad de los expertos y de los comités de expertos; y el diseño de las relaciones entre los conocimientos especializados y las decisiones adoptadas en ejercicio de la responsabilidad pública.

Quien busque en el Derecho administrativo de la gestión de riesgos sentencias judiciales y un trabajo relevante del Derecho judicial no los encontrará²¹⁷. Los casos más judicializables son los encuadrables en el Derecho de la tecnología genética²¹⁸ y los numerosos litigios planteados en torno a

²¹⁷ Por ejemplo, BVerwGE 81, 12 (*herbicide paraquat*), acerca del § 15 de la antigua Ley de protección fitosanitaria (*Pflanzenschutzgesetz*, en adelante PflSchG). Sin embargo, las resoluciones esporádicamente dictadas han desplegado amplios efectos. En este terreno no es tan frecuente acabar en los tribunales como en otros campos del Derecho.

²¹⁸ Existen numerosas resoluciones acerca del problema de una posible prerrogativa de estimación del ejecutivo respecto de los tribunales, BVerwG, NVwZ, 1999, p. 1232 = DVBl., 99, p. 1138; Tribunal Administrativo Superior (*Oberverwaltungsgericht*) de Berlín, NVwZ, 1999, p. 96; Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Friburgo, ZUR, 2000, p. 216, con observaciones de Ginzky; VGH de Mannheim, DVBl., 2001, p. 1463, con una actitud crítica

instalaciones de telefonía móvil y a los efectos de las ondas electromagnéticas²¹⁹. En los demás ámbitos del Derecho de la técnica es muy posible que los problemas vinculados a las ideas clave de la inseguridad y la incertidumbre pasen a primer plano; y, por ello, que predomine la impresión de que en estos campos resulta difícil obtener tutela judicial, al menos cuando la cuestión se centra en la valoración sustantiva del riesgo. Los márgenes de estimación, asumibilidad y ponderación típicos del Derecho de la técnica refuerzan al ejecutivo, a la vez que, a la inversa, restringen la densidad de control de los tribunales²²⁰. La estimación material del riesgo, o la modificación de una estimación ya efectuada, difícilmente podrán ser realizadas por el propio tribunal, tampoco con la intervención de peritos. En correspondencia con la estructura propia de las reglas de todo este ámbito del Derecho, los puntos en los que pueden incidir la crítica y, posiblemente, el control son, más bien—y casi exclusivamente—, los procedimientos de averiguación, estimación y valoración del riesgo.

hacia la jurisprudencia, KROH, «Risikobeurteilung im Gentechnikrecht – Einschätzungsspielraum der Behörde und verwaltungsgerichtliche Kontrolle», DVBl, 2000, pp. 102 y ss.; KARTHAUS, «Die zentrale Kommission für die biologische Sicherheit», ZUR, 2001, pp. 61 y 65; críticamente BEAUCAMP, «Zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht», DÖV, 2002, pp. 24 y ss.; sobre la tecnología genética, desde el principio internacionalizada y en una perspectiva comparada, DEDERER, *Gentechnik im Wettbewerb der Systeme*, 1998.

²¹⁹ Las controversias de distintos tipos relacionadas con radiaciones no térmicas, especialmente las suscitadas en el campo de la telefonía móvil, han dado lugar a un número significativo de procesos judiciales. Acerca de la denominada contaminación electromagnética, MURSWIEK, «Umweltrecht und Grundgesetz», *Die Verwaltung*, 33 (2000), pp. 241 y 249 y ss.; BVerfG (Sala), NJW, 1997, p. 2509 = JZ, 1997, p. 897, con observaciones de DETERMANN, NJW, 1997, pp. 2501 y ss.; DI FABIO, «Rechtsfragen zu unekannten Gesundheitsrisiken elektromagnetischer Felder», DÖV, 1995, p. 1; BVerfG (Sala), NJW, 2002, p. 1638 (telefonía móvil); a ese respecto, MURSWIEK, «Ausgewählte Probleme» (nota 171), p. 254 (con doctrina y referencias a la jurisprudencia de los tribunales dedicados a órdenes jurisdiccionales específicos).

²²⁰ Acerca de las cláusulas de ponderación, discrecionalidad y asumibilidad del Derecho administrativo de la gestión de riesgos véanse las referencias que ofrece SCHERZBERG, «Risikosteuerung» (nota 197), p. 224, y la importante resolución BVerwGE 81, 12 (*herbicide paraquat*), acerca del § 15 de la antigua PflSchG; sobre esto DI FABIO, *Risikoeinschätzungen* (nota 42), p. 276.

5. Acerca del Derecho de la técnica

En el Derecho de la técnica²²¹, estrechamente relacionado con el Derecho administrativo de la gestión de riesgos, ha aumentado especialmente el convencimiento de que el Derecho no es solamente un conjunto de normas que imponen límites y someten a controles; el Derecho aquí también abre posibilidades²²². Por un lado, en cumplimiento de su misión protectora, el Derecho pone límites al desarrollo de la técnica cuando pretende contrarrestar peligros y reducir riesgos. A ese aspecto —que anteriormente era el predominante— se añade, sin embargo, por otra parte, la apertura de posibilidades a la técnica y a la tecnología, mediante regulaciones jurídicas que dan un marco de actuación para la innovación y para las difundidas incertidumbres sobre las repercusiones de las nuevas tecnologías. Esta idea de fondo se puede poner en relación con las actuales estructuras del Derecho medioambiental y del Derecho regulador de las autorizaciones; y, asimismo, se puede tener en cuenta de antemano al construir dogmáticamente el Derecho de la información y de la comunicación y la regulación de la respuesta del Estado a las consecuencias de las privatizaciones.

V. PRIVATIZACIÓN – DESREGULACIÓN – ACELERACIÓN

1. Desregulación, privatización y aceleración como objetivos políticos o de política legislativa

Con la gestión de riesgos no terminan, obviamente, las reacciones del Derecho público a nuevos desafíos sociales. Antes bien, en los últimos diez o quince años se habla con especial frecuencia de cambio fundamental, reconstrucción,

²²¹ SCHULTE (ed.), *Technikrecht* (nota 162); FRANZUS, «Technikermöglichkeitenrecht», *Die Verwaltung*, 34 (2001), p. 487; KLOPPER, «Recht als Technikkontrolle und Technikermöglichkeit», en KLOPPER/BRANDNEK/MEßERSCHMIDT, *Umweltschutz und Recht*, 2000, p. 109; STOLL, *Sicherheit* (nota 197).

²²² Referencias al ramificado debate planteado en torno a las cuestiones de fondo de las relaciones entre técnica y Derecho y en torno a las ambivalencias del Derecho de la técnica en SCHULZE-FIEHLITZ, *Technik* (nota 184), pp. 443 y ss.; VIEWEG (ed.), *Techniksteuerungsrecht*, 2000.

reforma y modernización del Derecho administrativo. El trasfondo y los factores desencadenantes de este debate sobre una posible reforma (véase *infra* el apartado 7) son las políticas de modernización —que siguen un curso paralelo en numerosos países—, percibidas en la opinión pública bajo la tríada de conceptos «desregulación, privatización y aceleración»²²³. Esos tres objetivos políticos comparten la orientación internacional, que —como es natural— comprende, asimismo, el plano europeo, pero no se agota en él. En este contexto, internacionalidad significa la toma de conciencia de las relaciones de competencia en que están las economías nacionales entre sí: relación de competencia que se transmite, también, específicamente a los respectivos ordenamientos jurídicos²²⁴. Si, como sucede, los impulsos que recibe la política de desregulación y privatización proceden en gran parte del extranjero, nada tiene de sorprendente que también el correspondiente Derecho extranjero se tome como modelo del Derecho propio: o, al menos, como patrón comparativo, en medida mucho mayor que hasta ahora. De ahí que, cuando la política legislativa adopta medidas de privatización u otras decisiones regulativas en el campo del Derecho de las telecomunicaciones o del Derecho postal, por ejemplo, aquella política esté bajo la fuerte influencia, si no, incluso, bajo la presión (jurídica o fáctica) del Derecho europeo, del Derecho internacional (del Derecho de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo) o del Derecho, considerado modelíco, de países pioneros como Gran Bretaña o Estados Unidos²²⁵. Evidentemente, el Derecho de la pri-

²²³ Acerca de las formas que adopta la privatización, SCHUPPERT, *Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2000, pp. 370 y ss. (tipos de privatización); HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (eds.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996; SCHÖCH, «Privatisierung von Verwaltungsaufgaben», *DVBj.*, 1994, pp. 962 y ss.; WEISS, *Privatisierung und Staatsaufgaben. Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabentheorie unter dem Grundgesetz*, 2002; KAMMERER, *Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen*, 2000; BURGI, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999.

²²⁴ MEHDE, *Wettbewerb zwischen Staaten. Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem*, 2005.

²²⁵ Los conceptos más influyentes fueron los de «la competencia entre los lugares de emplazamiento» y «la amenaza para Alemania como lugar de emplazamiento industrial». Estos conceptos concentraron todas las expectativas y exigencias de una mejora de la posición del inversor. Y es que el inversor, en su calidad de sujeto agente y al mismo tiempo sujeto móvil en la competencia

vativación estaba enmarcado, desde el principio, en el contexto de las directivas europeas y sometido de lleno a influencias europeas. Esto es así, especialmente, en el caso del Derecho de las telecomunicaciones y de la regulación de los sectores postal y del transporte ferroviario²²⁶.

En la reacción del Derecho público al cambio producido en las funciones del Estado llaman la atención dos cosas. Por un lado, se repite la forma compleja de afrontar los desafíos en diferentes planos de abstracción y teorización (planos de reflexión) ya observada anteriormente. Por otra parte, una corriente bastante difundida ha tomado los desafíos del pasado más reciente y los desafíos actuales como ocasión para exigir una reconstrucción del Derecho administrativo desde sus cimientos, que esté presidida por una nueva ciencia de la Administración (o del Derecho administrativo). Por tanto, esta vez se ha reaccionado también en el sistema científico en sentido estricto con un proyecto de reconstrucción que afecta a los fundamentos mismos (véase al respecto, *infra* el apartado 7). Por razones de espacio, al abordar esta última fase de la evolución del Derecho público, que se adentra de lleno en el presente, tendremos que limitarnos a mencionar algunos aspectos centrales.

2. Campos de la política legislativa

El *ámbito material* de esos grandes desafíos es amplio, pues no en vano se trata de cambios, en ocasiones muy profundos, que afectan a todo el campo de las infraestructuras,

entre los distintos espacios económicos, se convirtió en la persona de referencia decisiva en el pensamiento político y económico; y, pronto, también en el debate de política legislativa. Lo llamativo es que al concepto de lugar de emplazamiento, genuinamente económico de suyo, se le diese entrada sin más reflexión en el debate jurídico o de política legislativa.

²²⁶ La legislación europea es copiosa. En el Derecho de las telecomunicaciones, por ejemplo, parte de la «recomendación» del Consejo de 1984 relativa a la primera fase de la apertura de los mercados públicos de las telecomunicaciones y se extiende a través de diversos paquetes legislativos. Algo parecido sucede en los campos ferroviario y postal. La historia de esa evolución está trazada en los comentarios más recientes a la legislación vigente en materia de telecomunicaciones, postal y ferroviaria. Acerca de las relaciones del ferrocarril, los servicios postales y las telecomunicaciones con el Derecho comunitario e internacional, ver WIELAND, en DREIER (ed.), *Grundgesetz*, vol. 3, 2000, art. 87e núm. 6 y art. 87f núms. 5 y ss.

como la transformación de las empresas estatales de correos, telecomunicaciones y ferrocarriles de larga distancia o de cercanías en empresas privatizadas parcial o totalmente, o la conversión de las empresas municipales en entidades fuertemente privatizadas. Con otras palabras, se puede hablar también de un cambio fundamental, en virtud del cual la tradicional prestación estatal de servicios públicos se sustituye por un sistema en el que los prestadores son empresas con una significación económica (en el sentido de art. 16 del TCE)*. Ya hemos destacado el contexto acusadamente europeo e, incluso, internacional de esas reformas. Pronto se observó en la política y en la política legislativa que el cambio de funciones y la descarga del Estado que con él se perseguía no tenían por qué marcarse necesariamente como objetivo la completa retirada del Estado. Se puso de manifiesto que no se estaba, forzosamente, ante la alternativa «todo o nada» de actividad estatal, sino que eran posibles nuevas formas intermedias relevantes y creativas; y, de hecho, se fue en pos de ellas. En el ámbito de las infraestructuras se llegó, así, a una considerable reducción del nivel de intervención del Estado, pero no a su completa retirada. El Estado conservó la *responsabilidad* por las infraestructuras (apartado 4 del art. 87e y apartado 1 del art. 87f de la GG)²²⁷. El Estado renuncia así a la prestación de los servicios relacionados con las infraestructuras a través de empresas públicas de titularidad estatal; su prestación «*competit*» ahora a empresas privadas. Sin embargo, a fin de cumplir los objetivos públicos (fines de interés general) implicados por la responsabilidad por las infraestructuras normativizada constitucionalmente, se atribuyen al Estado funciones de regulación y de garantía frente a los agentes privados. Dentro de ese patrón general del considerable cambio de las funciones del Estado, existen notables diferencias de grado y extensión de la privatización. En el ámbito de las telecomunicaciones, por ejemplo, la privatización ha sido muy amplia: los servicios son prestados exclusivamente por sociedades anónimas privadas, e incluso las redes son

* N. del T.: Actual art. 14 TFUE.

²²⁷ HERMANS, *Staatlich Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leistungsbundenen Energieversorgung in Europa*, 1998.

propiedad del sector privado. Al Estado le quedan los instrumentos destinados a garantizar la consecución de los objetivos de las infraestructuras [números 1-9 del apartado 2 del § 2 de la Ley alemana de las telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*), en adelante TKG] y las facilidades propias de un organismo público «regulador»²²⁸. En cambio, en el servicio de transporte por ferrocarril, parcialmente privatizado, la implicación del Estado es todavía considerablemente mayor²²⁹. Un segundo e importante camino para una reducción parcial del papel del Estado consiste en la cooperación de la Administración y del sector privado en el desempeño de determinadas funciones. En vez de actuar sola, la Administración va de la mano con agentes privados, movida por la esperanza de obtener ventajas de la conjunción de esas dos racionalidades de actuación distintas (idea de la colaboración público-privada o *public-private partnership*)²³⁰.

Esa política de desregulación y privatización, que respondía en buena medida a impulsos internacionales, no se podía llevar a la práctica sin grandes proyectos legislativos o paquetes de leyes; y, en ocasiones, exigió, incluso, como condición previa, cambios constitucionales (arts. 87e y s. de la

²²⁸ Con razón ha despertado especial atención como nuevo tipo de organización el organismo público regulador, en el que —de conformidad con el postulado de la organización más idónea para las funciones que haya que cumplir— se refleja el nuevo cometido del Estado frente a las empresas privadas del sector de las infraestructuras: cfr. RÖHN, *Die Regulierung der Zusammenschaltung*, 2002; OERTEL, *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 y ss. TKG*, 2000; PAUIWEBER, *Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation*, 1999; desde el punto de vista económico KNIERS, *Ansätze für eine «schlanke» Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation in Deutschland*, 1997.

²²⁹ Aunque solo sea por el hecho de que las empresas que gestionan ferrocarriles «son propiedad de la Federación en la medida en que la actividad de la empresa comprenda la construcción, el mantenimiento y la gestión de vías férreas». La Federación puede enajenar participaciones, pero debe conservar siempre la mayoría (frases 2 y 3 del apartado 3 del art. 87 de la GG).

²³⁰ A ese respecto, SCHÜPPERT, *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts - Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership*, dictamen de 2001; ZIEKOW, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, dictamen de 2001, ambos en BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN (ed.), *Verwaltungskooperationsrecht*, 2001; ZIEKOW (ed.), *Public Private Partnership - Projekte, Probleme, Perspektiven*, 2003; TETTINGER, «Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht», NWVBl., 2005, pp. 1-10.

GG). El cambio de funciones se reflejó con toda claridad en el surgimiento de leyes totalmente nuevas o sustancialmente modificadas [como la TKG, la Ley de reordenación ferroviaria (*Eisenbahnneuordnungsgesetz*), la Ley general de ferrocarriles (*Allgemeines Eisenbahngesetz*), la Ley postal (*Postgesetz*), las leyes relativas al sistema de transporte público urbano y de cercanías²³¹]. También implicaron reformas legislativas las medidas de desregulación adoptadas en el sector urbanístico y la denominada aceleración de los procedimientos regulados en las leyes relativas a la planificación y las autorizaciones²³². Toda una serie de proyectos legislativos quedó así incluida en su conjunto en un entorno político-económico común y recibió de él ideas rectoras también comunes. La conversión de esas ideas en reglas jurídicas concretas era y es un proceso complejo, que atraviesa varias fases de mediación y que aquí, como ya antes, se analiza con arreglo al modelo de los tres planos de reflexión en los que se articula la influencia de las nuevas funciones del Estado sobre el Derecho.

²³¹ Importante, tanto desde el punto de vista teórico como en su parte referente al transporte público urbano y de cercanías, KNAUFF, *Der Gewährleistungsstaat. Reform der Dasinstsvorsorge. Eine Rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV*, 2004.

²³² Entre las leyes de aceleración se cuentan la Ley de agilización de la planificación de vías de tráfico (*Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz*) (1991), la Ley de simplificación de la planificación (*Planungsvereinfachungsgesetz*) (1993), la Ley de agilización de los procedimientos de concesión de licencias (*Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz*) (1996), la Ley sobre la construcción de la «circunvalación Stendal» en el tramo ferroviario Berlin-Oebisfelde (*Stendal-Gesetz*) (1993) y la Ley sobre la construcción del tramo Wismar Oeste – Wismar Este de la autopista federal A 20 Lübeck – frontera federal (A11) (*Wismar-Gesetz*) (1994). Entre la abundante doctrina cabe destacar: SCHUCHTER *et al.*, *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren. Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1994; RÖNDELINTSCH (ed.), *Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren*, 1994; STEINER, «Die Beschleunigung der Planung für Verkehrswege im gesamten Bundesgebiet», en BLUMEL/PITTSCHAS (eds.), *Reformnotia* 149), pp. 151 y ss.; ERBOUTH, *Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht – am Beispiel des Planfeststellungsrechts*, 1999; LÜBBE-WOLFF, «Die Beschleunigungsgesetze», en DALY (ed.), *Wirtschaftsförderung per Umweltrecht?», Locatime-Protokolle*, 5/97, p. 88. Una visión de conjunto en BLUMEL, *in id.*, *Berträge* (nota 124), pp. 457 y ss.; y STUER/PROBSTFELD (eds.), *Die Planfeststellung*, 2003, pp. 2-7.

Un aspecto de la cuestión, tan nuevo como importante, era que los cambios sociales y económicos que desencadenaron el referido proceso procedían primariamente no de Alemania, sino de otros países. En una mirada retrospectiva, la política y la legislación de la aceleración se revelan —aunque al principio no se las entendiese así— como *pioneras de la asimilación de la globalización en el Derecho público*. El cambio de la percepción y de la conciencia social hizo que situaciones de política interna y el Derecho interno se viesen expuestas, subitamente, a una comparación, cargada de consecuencias, con otros Estados y con sus respectivos ordenamientos. Lo que durante décadas había sido concebido y debatido en un contexto orientado hacia dentro —y, frecuentemente y con buenas razones, había sido considerado como una sucesión de éxitos del Derecho alemán, por ejemplo, el Derecho relativo a la concesión de licencias y autorizaciones— fue visto, repentinamente, desde fuera, a través de una comparación —nunca antes efectuada— con la situación existente en otros países (o con aquello que los defensores de esa argumentación consideraban que era la situación existente en otros países), y censurado como deficitario.²³³

Dada la convergencia de los cambios subsiguientes a la privatización y a la desregulación, la múltiple contribución del Derecho a esos cambios fue, obviamente, muy variada. Resultó determinante desde el principio —más aún que en las anteriores evoluciones— el debate acerca de las funciones del Estado. Los tres planos de abstracción y reflexión ya analizados en repetidas ocasiones se hacen visibles también aquí con toda claridad. Se debatieron no solo las innovaciones encaminadas a diseñar nuevas reglas jurídicas idóneas y nuevas instituciones jurídicas adecuadas. En este caso, la teoría del Estado fue, desde el principio, el marco intelectual determinante para los proyectos de privatización y desregulación, en los que se reflexionaba sobre la —correcta— dotación de funciones del Estado. Puesto que se exigía —y se llevó a la práctica— la retirada y la descarga del Estado, era imprescindible contar con una nueva imagen del Estado y desarrollar un discurso sobre el Estado y sus funciones. Nada tiene de extraño que se produjese también un renaci-

²³³ A ese respecto WAHL, «Die zweite Phase» (nota 11), pp. 505 y ss.

miento del concepto de bien común o interés general²³⁴, pues no resulta fácil imaginar otro modo mejor de entender en su conjunto las funciones directivas que conservaba el Estado en los ámbitos objeto de privatización²³⁵ y de determinar qué funciones del Estado seguían siendo «necesarias»²³⁶.

Por razones de espacio, en lo que sigue no vamos a realzar en su integridad el hasta ahora acostumbrado análisis en tres pasos. Omitemos el primer plano, el material jurídico positivo, por abundantes que sean la legislación y la praxis administrativa. Las ulteriores reflexiones comenzarán por el debate acerca del Estado, que fue el factor desencadenante; y, a continuación, abordarán la asimilación de las innovaciones en instituciones y figuras jurídicas.

El tema de la privatización es —naturalmente— un *tema de teoría del Estado* en sentido eminente, y lo mismo sucede con la desregulación. Y es que lo que se persigue, en definitiva, es reajustar las relaciones entre el Estado y la sociedad, entre el Estado y la economía, entre las funciones del Estado y la actuación del individuo bajo su propia responsabilidad. El tema de la privatización se convirtió, así, en el foco del problema de teoría del Estado más sobresaliente o —como dicen los autores de la ciencia económica— del problema de ordenación política del marco económico más importante de las últimas décadas. Allí donde se privatiza no solo la forma de organización, sino que tiene lugar una verdadera privatización de las funciones —o una forma de privatización que

²³⁴ WAHL, «Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben», en SCHMIDT-ALTMANN/HOFFMANN-RIEM (eds.), *Verwaltungsorganisationsrecht* (nota 114), pp. 335 y ss. Acerca del nacimiento del concepto de bien común: MÜNKLEB/FISCHER (eds.), *Gemeinwohl und Gemeinschaft im Recht*, 2002; SCHUPPERT, *Staatswissenschaft*, 2003, pp. 218 y ss. (capítulo 2: En busca de contornos del bien común) = *id.*, en SCHUPPERT/NEIDHART (eds.), *Gemeinwohl: Auf der Suche nach Substanz*, 2002, pp. 19 y ss., con más referencias. Varios volúmenes de los informes de investigación del grupo de trabajo interdisciplinario «Gemeinwohl und Gemeinschaft» («Bien común y sentido de lo común») de la Academia de la Ciencia de Berlín-Brandenburg, 2001 y ss.

²³⁵ Esta tarea se realizó con éxito en el ámbito de las infraestructuras en sentido estricto, en el cual se especificaron objetivos garantizados, como el «suministro en todo el territorio nacional» o el suministro a un «precio adecuado».

²³⁶ GRAMM, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001.

se le acerque mucho—, campos de actuación hasta ese momento dominados por el Estado se desprenden de este y se entregan al espacio de la sociedad y la economía, especialmente, al mercado. El planteamiento subyacente de teoría del Estado desecaba—según se decía—liberar de funciones a un Estado sobrecargado de ellas, llevarlo de vuelta a sus competencias esenciales y reinterpretar los pocos servicios públicos que debían seguir atribuidos al Estado como «servicios de interés económico general», en el sentido del art. 16 TCE*.

3. El plano de la teoría del Estado

Ahora bien, las reflexiones de teoría del Estado tuvieron lugar no solo con ocasión de los comienzos de la privatización y la desregulación. Conforme pasaba el tiempo, esas reflexiones se ocupaban más, también, del resultado y del objetivo del proceso de privatización. En ese punto se separaban los caminos. Muchos economistas y muchos políticos responsables de la ordenación del marco económico daban por hecho, sin más, que las privatizaciones tenían que ser privatizaciones totales; y que, al final del proceso, las funciones que hasta ese momento habían sido funciones del Estado debían quedar entregadas, exclusivamente, a la responsabilidad del sector privado, regulado este, únicamente, por el ordenamiento jurídico general. La orientación intelectual alternativa, que llegó a ser la dominante en la política legislativa, partía de todo un espectro de formas de privatización en las que—como ya se ha dicho—el volumen y la intensidad de la retirada del Estado variaban²³⁷. En último término, lo decisivo fue que, para una serie de ámbitos de las infraestructuras importantes desde el punto de vista político-práctico, la privatización ya no se entendió como retirada completa, sino como un cambio cualitativo de la actividad estatal consistente, por una parte, en una retirada *sustantiva* del Estado; y, por otra, en una reformulación del cometido positivo del Estado como garante y regulador. Con ello, el debate quedó centrado en la caracterización del cambio pro-

* N. del T.: Actual art. 14 TFUE.
²³⁷ WAHL, «Privatorisationsrecht» (nota 234), pp. 335 y ss.

ducido en las funciones estatales y en el desempeño de estas. Las cuestiones de fondo se dirigían a determinar qué funciones tenía aún el Estado, o debía empezar a tener a partir de ese momento, tras la privatización de los servicios postales, de telecomunicaciones o ferroviarios. Ese debate sobre el Estado, de gran riqueza de contenido, condujo a la matización de los diversos conceptos de privatización²³⁸, en estrecha conexión con la paralela matización del concepto de función, o del concepto de *responsabilidad*, que pasó a ocupar una posición clave. Con ese instrumental se pudieron concebir y entender los procesos de privatización—siempre en el plano de la teoría del Estado—como el paso de una responsabilidad estatal plena o de *completo cumplimiento*²³⁹ a una más limitada responsabilidad estatal de *garantía de los servicios*. El desglose del concepto de responsabilidad, compacto hasta ese momento, en los conceptos de responsabilidad estatal plena, responsabilidad estatal de regulación del marco normativo, de garantía, de control, de observación, o de cobertura de necesidades no satisfechas adecuadamente por el sector privado²⁴⁰, se reveló como la herramienta conceptual decisiva.

²³⁸ Además de las referencias de la nota 223, cfr. también, WAHL, «Privatisierung im Umweltrecht», en GUSY (ed.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen - Folgen*, 1998, pp. 260 y 263 y ss.

²³⁹ Al Estado compete todo: él define la función pública de que se trate, emplea su personal, normativiza y programa la actividad mediante el Derecho público, financia en su integridad, lleva a cabo los procedimientos, etcétera.

²⁴⁰ Acerca de los distintos tipos de responsabilidad y de la forma de pensar con arreglo a niveles de responsabilidad, SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverantwortung» (nota 120), pp. 221 y 231 y ss.; id., «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN/SCHUPPERT (eds.), *Reform* (nota 102), pp. 43 y ss.; id., *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), pp. 170 y ss.; HOFFMANN-RIEM, «Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung», DÖV, 1997, pp. 433 y ss.; HOFFMANN-RIEM, «Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit», en KIRSCHOF et al. (eds.), *Staaten und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 47 y ss.; SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft* (nota 223), pp. 400-419, id., *Staatswissenschaft* (nota 234), pp. 289-296; TRUTE, «Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor», en SCHUPPERT (ed.), *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, 1999, pp. 136 y ss.; VOLKURF, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», VVDStRL, 62 (2003), pp. 268 y 285, con más referencias.

La nueva imagen de la Administración en el ámbito de las infraestructuras es la siguiente: los servicios vinculados a las infraestructuras han sido privatizados (de diversas formas, según los casos); los sujetos que ahora actúan son empresas (art. 12 de la GG, apartado 3 del art. 87e de la GG). Pero el Estado tiene el derecho y la obligación de velar por el cumplimiento de importantes objetivos (por ejemplo, por la «prestación en todo el territorio nacional de servicios adecuados y suficientes»²⁴¹); o, más exactamente, tiene que «garantizar» el cumplimiento de esos objetivos, a través del ordenamiento jurídico y mediante la creación de específicas organizaciones conocidas como organismos públicos reguladores. El trasfondo de teoría del Estado, siempre presente, se hizo enteramente visible cuando a continuación se acuñó el concepto de *Estado garantizador*²⁴¹. También aquí se dio el último paso, ya observado en repetidas ocasiones, que llevó a que los nuevos campos de actuación fuesen entendidos como expresión de un *nuevo tipo de Estado*. Ese mismo largo tramo de camino se recorrió también en el otro gran campo de actuación al que aquí se está prestando atención, en el cambio —tantas veces descrito— del Estado que actúa unilateralmente en ejercicio de su autoridad a la Administración que pacta y coopera, cuya conjunción con el sector privado se manifiesta con la mayor claridad en la figura, que adquirió rápida popularidad, de la colaboración público-privada. Para todas las formas de cooperación o de distribución de funciones se desarrolló como modelo explicativo el del reparto de las responsabilidades²⁴². Dando un paso más —y

* N. del T.: Cita del apartado 1 del art. 87f de la GG.

²⁴¹ Sobre el Estado garantizador: HOFFMANN-RIEM, «Von der Erfüllungszur Gewährleistungsverantwortung – eine Chance für den überforderten Staat», en *id.* (ed.), *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2000, pp. 15 y ss.; SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft* (nota 223), pp. 933 y ss. y 939 y ss.; *id.*, *Staatswissenschaft* (nota 234), pp. 289 y ss., 441 y ss., 571 y ss. y 585 y ss.; VOLCKMUE, «Beteiligung» (nota 240), p. 266; SCHUPPERT, «Der Gewährleistungszustaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?», en *id.* (ed.), *Der Gewährleistungszustaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005; HOFFMANN-RIEM, «Das Recht des Gewährleistungsstaates», en *loc. cit.*, pp. 89 y ss.; FRANZJUS, «Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», *Der Staat*, 42 (2003), pp. 493 y ss.

²⁴² Se hace necesaria una reserva: en relación con los escenarios de responsabilidad reguladora y garantizadora encaminados a descargar de funciones al Estado, así como en lo relativo a la colaboración público-privada y a la

comprimiendo la argumentación— las reflexiones de teoría del Estado apuntaban a la formulación de imágenes del Estado o modelos de Administración²⁴³ aptos para sintetizar las ideas en una imagen gráfica e intensificarlas.

4. Derecho del Estado como garante y Derecho de la regulación

Si se presta atención a la amplitud y profundidad de ese debate relativo a la teoría del Estado y a la significación práctica de las políticas privatizadoras y desreguladoras, no puede extrañar la importancia del plano que media entre el debate general acerca de las funciones estatales y el Derecho positivo o la política legislativa concreta. El segundo plano —una y otra vez mencionado— de la formación del sistema y de la configuración de nuevas instituciones jurídicas rara vez habrá experimentado innovaciones de tanto calado. A la vista del vivo debate en torno a las funciones del Estado y de las modificaciones constitucionales que se llevaron a cabo es lógico, asimismo, que la impronta constitucional también se manifieste aquí de forma clara. Una copiosa doctrina trató de satisfacer la necesidad de nuevas figuras e instituciones jurídicas. Resultaron de ello (¿compitiendo entre sí?) dos planteamientos: la doctrina del *Derecho (administrativo) del Estado como garante* y el *Derecho (administrativo) de la regulación*²⁴⁴. Ambos tratan de conceptualizar las cuestiones de

cooperación, se plantean las acuciantes preguntas de cómo puede efectuar el Estado las exigentes prestaciones que ahora se esperan de él y de si en el encuentro de dos racionalidades de actuación distintas, la pública y la privada, puede tener la fuerza necesaria para ejercer su responsabilidad prestadora (o de garantía) y reguladora. O para decirlo con una imagen muy utilizada en aquel entonces: en el futuro, el Estado, más que reman, debe llevar el timón (D. Osborn / T. Gablet). ¿De dónde puede sacar el Estado la fuerza para llevar el timón y para hacer que se cambie de rumbo si en la barca hay remeros de tanto peso específico y tan obstinados? Los correspondientes modelos aún no han demostrado su validez efectiva.

²⁴³ VOLCKMUE, «Der „Dienstleistungsstaat“. Über Nutzung und Gefahren von Staatsbildern», *Der Staat*, 40 (2001), pp. 495 y ss.; MÜCKLER, *Politische Bilder, Politik der Metaphern*, 1994.

²⁴⁴ RUPPERT, «Regulierung im System des Verwaltungsrechts», *ÄöR*, 124 (1999), pp. 237 y ss.; TRUTE, «Regulierung – am Beispiel der Telekommunikation», en EBERLE/BIERLORENZ (eds.), *Der Wandel* (nota 76), pp. 169 y ss.;

referencia del Derecho de las telecomunicaciones. En él se creó por primera vez el nuevo tipo de organismo público regulador²⁴⁹, conforme a un modelo organizativo que se ponía al servicio del adecuado cumplimiento de su función; y que, después, fue trasladado al sector de la energía. Nuevas instituciones, como la del prestador del servicio universal²⁵⁰, que, a su vez, guarda intrínseca relación con la idea —ya conocida en el Derecho de la radiodifusión— del suministro básico, se tomaron del ámbito internacional y europeo²⁵¹. Numerosos trabajos doctrinales permitieron elaborar en el plano intermedio —el segundo— una red de conceptos fundamentales que permite la sistematización y la mejor comprensión de regulaciones concretas, sobre las que, en un primer momento, se había trabajado aisladamente.

5. Europeización e internacionalización

Las nuevas materias del Derecho administrativo de la regulación y del Estado como garante²⁵² se deben ver, ya desde el principio, en un contexto internacional y, después, también europeo. Sin ese contexto internacional no cabe entender las decisiones de política legislativa, ni tampoco las subsiguientes construcciones del Derecho administrativo: el Derecho administrativo de la regulación es el ámbito en el que el Derecho administrativo alemán está europeizado e internacionalizado ya desde el principio e inamoviblemente. Esta inserción supranacional tomó aquí una forma específica y, también, pionera. Todavía no se ha dedicado suficiente atención al fenómeno de la *co-evolución* del Derecho de los

distintos planos; que, por lo demás, incluye también el fenómeno del «pionero» y del «marcapasos» de la evolución del Derecho. Especialmente en el Derecho de las telecomunicaciones cabe distinguir, ya desde su comienzo, los tres planos. Los desarrollos jurídicos determinantes tuvieron lugar en países pioneros de la privatización, como el Reino Unido y los Estados Unidos, fueron recibidos por el Derecho europeo y, después, se sumó la Organización Mundial del Comercio²⁵³. En poco tiempo habían aparecido los tres estratos o planos mencionados. Dentro de esa arquitectura de varios estratos, los conceptos «migran» de un plano a otro. Así, por ejemplo, un concepto surge en el plano del Derecho nacional de un país pionero, como los Estados Unidos o el Reino Unido, después es acogido en el plano regulativo internacional y, desde él, llega, a través del ordenamiento jurídico europeo, a los demás ordenamientos nacionales. Y debe destacarse, por lo demás, que el plano jurídico internacional y el plano jurídico europeo no pierden su relevancia una vez que se han transpuesto al Derecho nacional las figuras más importantes. También en la ulterior aplicación del Derecho resulta determinante la comprensión unitaria del concepto en cuestión a partir de su regulación en el ámbito internacional y europeo. Pero, sobre todo, los dos planos superiores permanecen activos como fuente de nuevo Derecho y de modificaciones del Derecho vigente.

La coevolución del Derecho va seguida, pues, por su posterior desarrollo en común. Este puede tener lugar de forma que las regulaciones jurídicas de los tres planos avancen aproximadamente a un mismo paso o en sintonía mutua, pero también aquí puede haber, de nuevo, un ordenamiento nacional o internacional que actúe como pionero. El modelo de los tres planos del Derecho no solo crea nuevos problemas materiales aún por analizar, sino que muestra de forma clara la contracción de los potenciales de evolución jurídica autónoma de los ordenamientos nacionales. Encontramos esos tres planos, con frecuencia, en el Derecho alimentario,

²⁴⁹ Véase las referencias mencionadas en la nota 228.

²⁵⁰ En el modelo de servicio universal empleado en los sectores de las telecomunicaciones, los servicios postales, la energía y el tráfico se obliga a empresas privadas a prestar determinados servicios orientados al bien común. Todos los usuarios deben tener acceso a un servicio mínimo claramente determinado, con una calidad específica y a un precio asquible.

²⁵¹ El servicio básico se puede imponer a todas las empresas del mercado o a algunas de ellas; y, por regla general, las cargas que implique se deberán repartir entre las mismas de forma equitativa. Esta figura jurídica supone, desde la perspectiva del Estado, la asunción por este de una responsabilidad por las infraestructuras en un marco de condiciones caracterizado por la competencia.

²⁵² A ese respecto, véanse notas 241 y 244.

²⁵³ A causa de la historia del origen tanto de la privatización como del correspondiente Derecho, el surgimiento y la evolución del Derecho alemán reflejado en la TKG estaban estrechamente entrelazados ya desde el principio con criterios europeos y tendencias y modelos internacionales.

en el Derecho medioambiental (el concepto de residuo, la pirámide formada por el Derecho medioambiental interno, el europeo y el nacional, etc.) y en el Derecho de la información. Por todas partes se va reduciendo progresivamente la capacidad de evolución autónoma de conceptos jurídicos fundamentales para los ordenamientos nacionales: esa evolución ya solo es posible en países pioneros, mientras que los demás se limitan a seguirles, a veces, con cierto retraso. Y no pueden no seguirles, porque, como consecuencia del fuerte entrelazamiento material de los asuntos, también el Derecho tiene que moverse en cierta sintonía.

6. Continuación del cambio de funciones estatales y de la evolución del Derecho público

Con las políticas privatizadoras y desreguladoras no han terminado los desafíos que lanzan al Derecho las nuevas funciones del Estado o la nueva valoración de funciones antiguas. La creciente importancia de la información y la comunicación en la vida social ha conducido, hace ya largo tiempo, a la autopercepción de la sociedad como sociedad de la información y al consiguiente surgimiento de un Derecho de la información²⁵⁴; algunos hablan, por lo mismo, de que en la sociedad de la información ha cambiado el cometido del Estado²⁵⁵. Algo semejante cabe decir de la «sociedad del conocimiento». También la antigua función estatal de la seguridad —uno de los principales fines del Estado y un núcleo de su legitimidad— se incluye en el nuevo debate acerca del Estado y la sociedad y se estudia en nuevos contextos²⁵⁶.

²⁵⁴ KLOPPER (ed.), *Technikentwicklung und Technikrechtswissenschaft*, 2000; SCHÖCH/KLOPPER/GARSTKA, *Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2002; SCHÖCH, «Informationszugangsfreiheit im Verwaltungsrecht», en KREBS (ed.), *Libet Anticorum Hans-Uwe Erbsen*, 2004, pp. 247-263; id., «Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung», *VVDStRL*, 57 (1998), pp. 158-217; FRANZUS, «Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts. Ein Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft», *EurR*, 2002, p. 660.

²⁵⁵ ASt BULLINGER, «Neue Informationstechniken – neue Aufgaben des Rechts im Staat der Informationsgesellschaft», en KLOPPER, *Technikentwicklung* (nota 254), pp. 149 y ss.

²⁵⁶ Acerca de los problemas modernos relacionados con la seguridad, que conducirán a un renacimiento de ese tema, STOLL, *Sicherheit als Aufgabe von*

7. La «Nueva Ciencia del Derecho administrativo»

Lo que ha sucedido en los diez o quince últimos años, con el bloque de temas «privatización y desregulación + Derecho de las consecuencias de la privatización y desregulación + Derecho de la regulación» no es solo que algunos cambios y problemas sociales hayan atraído la atención del Derecho público. En el período de tiempo observado ha habido, además, en el plano científico, por primera vez, una profunda recapitación, cuya forma de entenderse a sí misma se expresa en el postulado de una «Nueva Ciencia del Derecho administrativo». La pretensión programática de entender de una forma nueva la ciencia de la Administración, o la ciencia del Derecho administrativo, se hace valer no solo en trabajos aislados, sino, también, en publicaciones conjuntas de un grupo de estudiosos relativamente extenso. Existe una colección en nueve volúmenes que, bajo el título de «Reforma del Derecho administrativo», ha venido siendo elaborada a lo largo de once años en nueve congresos²⁵⁷. De esa colaboración ha surgido un gran grupo de científicos del Derecho que se congregan en torno al concepto central de «la reforma»²⁵⁸ y que se designan a sí mismos, o son designados por otros, como «reformadores» o «administrativistas de orientación reformista»²⁵⁹.

Staat und Gesellschaft: Verfassungsordnung, Umwelt- und Technikrecht im Umgang mit Unsicherheit und Risiko, 2003; MOSTEL, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002.

²⁵⁷ Colección «Reforma del Derecho administrativo»: HOFMANN-RIEM/SCHMIDT-ALSMANN/SCHUPPERT (eds.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Reformbedarf und Reformansätze*, 1993; HOFMANN-RIEM/SCHMIDT-ALSMANN (eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungsrechts*, 1994; *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufeinanderwirkungen*, 1996; *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997; *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998; *Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts*, 1999; *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000; *Verwaltungskontrolle*, 2001; *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002; SCHMIDT-ALSMANN/HOFMANN-RIEM (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004.

²⁵⁸ Además del título de toda la colección, por ejemplo, HOFMANN-RIEM, «Verwaltungsrechtsreform. Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes», en HOFMANN-RIEM/SCHMIDT-ALSMANN/SCHUPPERT (eds.), *Reform* (nota 102); VÖLKUNDE, «Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft», *Die Verwaltung*, 32 (1999), p. 445; VÖLKUNDE, «Schlüsselbegriffe» (nota 245), pp. 184 y ss.

²⁵⁹ VÖLKUNDE, «Allgemeines» (nota 107), p. 950 («grupo reformador» que «ha conducido también metodológicamente a una reorientación de la ciencia

Existen trabajos programáticos²⁶⁰, primeras exposiciones de conjunto²⁶¹ y obras colectivas²⁶², y existe, también, el proyecto de una publicación de gran envergadura: un manual de la ciencia del Derecho administrativo, cuyo primer volumen apareció en 2006²⁶³. Este planteamiento ha sido presentado en tantas declaraciones programáticas que, también aquí, vamos a recogerlo *expressis verbis*, reproduciendo estas reflexiones de Andreas Voßkuhle, uno de los editores de dicho manual²⁶⁴:

«Los fundamentales cambios producidos en el Derecho administrativo constatados más arriba apenas han recibido atención hasta la fecha en los manuales, ni en los comentarios legislativos [...]. De ahí que el proyecto de un manual de la ciencia del Derecho administrativo tutelado por la editorial Beck constituya una verdadera cesura. Coordinados por los editores Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, más de cuarenta administrativistas de orientación reformista tratan aquí de obtener en común—acompañados por numerosos *workshops*—la suma

del Derecho administrativo». La imagen que ese grupo tiene de sí mismo se expresa también en una historiografía propia. En conjunto, avanza la presentación del grupo como grupo.

²⁶⁰ SCHUPPERT, «Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN, *Reform* (nota 102), pp. 93 y ss.; VOßKUHLE, «Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht», en BAUER y otros (eds.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, pp. 171; id., «Reform» (nota 258), p. 445; id., «Schlüsselbegriffe» (nota 245), pp. 184 y ss.; BUMKE, «Methodik» (nota 2), pp. 73 y 103 y ss.

²⁶¹ SCHUPPERT, *Verwaltungsrechtswissenschaft* (nota 223).

²⁶² BERG (ed.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem*, suplemento de *Die Verwaltung*, 4/2001; SCHUPPERT (ed.), *Jenseits* (nota 240) y la colección mencionada en la nota 257.

²⁶³ FRANZIUS, «Funktionen des Verwaltungsrechts», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOßKUHLE (eds.), *Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1. Methoden - Maßstäbe - Aufgaben - Organisationen Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft*, vol. 1, 2006, caracteriza el manual de la ciencia del Derecho administrativo, planteado en tres volúmenes, como una obra de fundamentos que en la exposición del Derecho administrativo actual aspira a orientarse por primera vez de forma omnicomprensiva y sistemática por la perspectiva de la dirección.

²⁶⁴ En C.II.3, «Nueva eclosión: el proyecto del manual de la ciencia del Derecho administrativo».

total de los esfuerzos científicos realizados en las últimas décadas en el Derecho administrativo, a fin de, sobre esa base, hacer una contribución sustancial a su ulterior evolución. Está por ver si el proyecto dará sus frutos también en la praxis».

Por su parte, Claudio Franzius expone²⁶⁵: «... la ciencia del Derecho administrativo misma se ha puesto en movimiento. Se proclama una *Nueva Ciencia del Derecho administrativo* que se define desde la perspectiva de la *dirección* y, por tanto, expresa que el Derecho administrativo proporcional ante todo un programa de *conducta* y no un mero programa de *control*. A este notable desplazamiento de los intereses del conocimiento, con los que la ciencia del Derecho administrativo se abre, de nuevo, como disciplina y trata de enlazar con la evolución del Derecho y de la ciencia europeos, subyace la percepción de la pluralidad de funciones del Derecho administrativo, lo cual podría no carecer de consecuencias para la praxis administrativa de aplicación del Derecho».

Los trabajos programáticos muestran un modelo formulado como omnicomprensivo, un ambicioso planteamiento y una conciencia de ruptura. Todas estas características culminan con gran claridad en la autoproclamación como «Nueva Ciencia del Derecho administrativo», que en el uso de las mayúsculas anuncia su pretensión de encarnar una época²⁶⁶.

a) Atendiendo a su programa científico, la Nueva Ciencia del Derecho administrativo aspira enfáticamente a ser *científica e interdisciplinaria*, así como a estar *referida a la legislación y orientada a la política legislativa*. Esa explícita pretensión de cientificidad significa que la Nueva Ciencia del Derecho administrativo ya no desea seguir bajo el dominio de la praxis administrativa y de los tribunales administrativos, con su foco en la jurisprudencia del caso concreto. Sus

²⁶⁵ FRANZIUS, «Funktionen» (nota 263), apartado «Introducción».

²⁶⁶ De ese modo se ha creado una denominación muy segura de sí misma que postula las innovaciones introducidas en la ciencia del Derecho administrativo como «Nueva Ciencia» y piensa, así pues, en categorías de salto cualitativo, cesura y diferenciación.

esfuerzos van encaminados, por el contrario, a elaborar cursos que tengan por objeto el plano programático, esto es, el futuro Derecho correcto. La fórmula programática para el camino a seguir por la ciencia del Derecho administrativo es esta: de la ciencia interpretativa referida a la aplicación, a la ciencia de la actuación y la decisión orientada a la creación de Derecho²⁶⁷.

«Interdisciplinario» significa que ahora, en contraposición con lo que sucedía anteriormente, cuando las ciencias sociales estaban consideradas como el interlocutor natural, las disciplinas de referencia son, ante todo, la ciencia económica, la economía medioambiental y la nueva economía de las instituciones²⁶⁸. De ahora en adelante, la orientación a la legislación y a la política legislativa quiere entender el Derecho administrativo como *ciencia de la dirección*²⁶⁹. Se subraya la denominada «función posibilitadora» del Derecho, es decir, la contribución del Derecho —la idea no es nueva— consistente no solo en poner límites a las actividades, sino también en servir a su posibilitación. Unida a la acusada orientación a la política legislativa, se hace valer ahí una fuerte voluntad de configuración de la política legislativa.

b) Del programa de la Nueva Ciencia del Derecho administrativo nos interesa aquí —de conformidad con el planteamiento rector del texto, que está dirigido a las reacciones de la ciencia jurídica a las nuevas funciones del Estado— saber si y de qué modo su proyecto está marcado por sus sectores de referencia y por su inserción en la situación espec-

²⁶⁷ Así ya VÖLKHE, «Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung», *JuS*, 2004, pp. 2-7.

²⁶⁸ A ese respecto, ENGEL/MORLOK (eds.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie*, 1998. KIRCHGÄSSNER, *Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschaftswissenschaften*, 2.ª ed., 2000; VÖLKHE, «"Ökonomisierung" des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung, 34 (2001), pp. 347-369.

²⁶⁹ Programáticamente, a ese respecto, SCHUPERT, «Verwaltungsrechtswissenschaft» (nota 260), pp. 93 y ss.; *id.*, *Verwaltungswissenschaft* (nota 223) (allí la dirección es una categoría fundamental); *id.*, *Staatswissenschaft* (nota 234), pp. 389 y ss.; HOFFMANN-RIEM (ed.), *Modernisierung* (nota 241), pp. 31 y ss.; SCHMIDT-ALTMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (nota 42), pp. 18 y ss.

fica de la época de su surgimiento. Su factor desencadenante reside en los procesos sociales y políticos de privatización y desregulación²⁷⁰. La puesta en práctica de estas requirió importantes paquetes legislativos, que —a su vez— exigieron años de trabajos y debates de política legislativa. En ese momento, el predominio de la perspectiva de la política legislativa no fue fruto de una decisión científico-metodológica, sino una reacción natural a las peculiaridades de la política privatizadora, que fue, durante largos años, precisamente eso: un proyecto de política legislativa. Esa circunstancia explica ya por sí sola que en esos campos nadie pudiese durante años centrar su atención en el análisis de casos particulares o de resoluciones judiciales: no los había.

En estrecha relación con su orientación a la política legislativa, la Nueva Ciencia del Derecho administrativo aspira a reavivar la teoría de la legislación, es más, tiene que hacerlo, pues sin ella no es posible una política legislativa científicamente fundada. Esta característica distintiva, la orientación a la política legislativa, merece una consideración más detenida. La argumentación en términos de política legislativa no fue ajena al Derecho público precisamente en los cincuenta años siguientes a 1949. Ahora bien, esa argumentación no consistía, sin más, en el debate abierto sobre la ley que se consideraba deseable. Es consecuencia de la gran certidumbre de la Constitución al Derecho legal ordinario que en toda cuestión de política legislativa estén implicados «criterios» constitucionales. Por esa razón, en Alemania la política legislativa siempre se ha impulsado o limitado —y se sigue impulsando o limitando— con argumentos tomados del Derecho constitucional. Una de las principales figuras de los últimos quince años, el Derecho regulador de las consecuencias de la privatización o del Derecho del Estado como garante, es también expresión de este empleo del Derecho constitucional como rector de la política legislativa. En aplicación de este método típicamente alemán, el Derecho constitucional ponía límites a la política privatizadora o postula-

²⁷⁰ Es evidente que el movimiento que hoy se denomina a sí mismo Nueva Ciencia del Derecho administrativo se remonta a los años de los debates mantenidos en torno a la «reforma del Derecho administrativo». No menos patente resulta, sin embargo, que los conceptos clave y los modelos rectores no se formularon hasta la época de la privatización y la desregulación.

ba que, aunque los servicios mismos se privatizasen, se debía mantener un cierto grado de intervención estatal.

Cuando la «Nueva Ciencia del Derecho administrativo» habla de política legislativa y de la función directiva del Derecho no es posible saber con toda exactitud a qué tipo de política legislativa se está refiriendo. Si se mantuviese el mencionado método alemán tradicional, se podrían decir con él cosas enteramente relevantes para las políticas privatizadoras y desreguladoras²⁷¹, pero ahí no habría novedad alguna. Muchos son los indicios de que la orientación postulada pretende ir más allá y aspira a algo realmente nuevo, a saber, a participar en la pugna abierta —propia de la política legislativa— por lo materialmente correcto, por los objetivos correctos y por los programas correctos. Pero el problema decisivo es encontrar métodos específicos para un discurso de ese tipo, que va más allá de una argumentación jurídica (o jurídico-constitucional). La Nueva Ciencia del Derecho administrativo subraya que desea liberarse de las estrecheces de la argumentación jurídica orientada al caso concreto. Surge, sin embargo, la pregunta de qué sería lo contrario de esas estrecheces. Lo contrario podría ser una pluralidad de dimensiones y consideraciones tan amplia que obligase a renunciar a la pretensión de hacer científicamente una política «correcta». La gran incógnita es la existencia de un método de argumentación de política legislativa. Recordemos a ese respecto una observación de Niklas Luhmann, quien, en relación con ciertos proyectos de reforma de la función pública, hizo circular, a comienzos de los años setenta, en Bielefeld, un documento para el debate titulado «En el laberinto de la política legislativa». Con el título de ese trabajo y con su contenido se exponía de forma intuitiva de qué modo unos proyectos, que estaban encaminados a reformar la función pública y que partían de un núcleo —claro en un primer mo-

²⁷¹ En este momento la responsabilidad del Estado por las infraestructuras está establecida en la Constitución (art. 87 de la GG) y, por lo tanto, es un enunciado normativo del Derecho constitucional vigente. En la pugna por esta disposición constitucional y, en general, en la controversia referente a la envergadura de los procesos de privatización de infraestructuras han tenido un importante papel argumentos constitucionales derivados del principio del Estado social; es decir, la argumentación con el instrumental de la política legislativa en el contexto de los principios constitucionales es fecunda.

mento— de ideas reformadoras, se abrían rápidamente a círculos de problemas de radio cada vez mayor y extendidos a áreas cada vez más amplias, sin que se dispusiese de otro método para afrontar esos grupos de cuestiones, de gran magnitud y evidente complejidad, que la voluntad de velar por el buen orden de la cosa pública. La Nueva Ciencia del Derecho administrativo no ha resuelto aún la tarea (que viene a constituir una piedra de toque para ella) de desarrollar los métodos idóneos para un debate de política legislativa abierto —no meramente revestido de ropajes constitucionales— y exponerlos mediante un ejemplo verdaderamente elocuente.

Un problema que está cobrando creciente importancia ha sido poco debatido: en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro —que, por tanto, es un ordenamiento fuertemente influido por el Derecho comunitario— un planteamiento orientado a la creación de Derecho solo se puede apoyar en una doctrina de la creación de Derecho en el condominio o sistema de interconexiones nacional-europeo. De ese modo, las dimensiones de referencia se amplían una vez más. De hecho, los problemas relacionados con esa ampliación de la dimensión tienen que ser abordados y solucionados en el futuro inmediato. Está aún por ver, no obstante, si esa referencia al sistema interconectado de la legislación europea y de los Estados miembros es, al mismo tiempo, compatible con una acusada ampliación de los discursos de la ciencia del Derecho a la dimensión, abierta y omnicomprensiva, de la política legislativa, y si esto es asumible.

c) Una mirada retrospectiva a las reacciones del Derecho público a los nuevos tipos de problemas o a las nuevas funciones del Estado, como la planificación, la protección del medio ambiente, la gestión del riesgo, la privatización y la desregulación, muestra que la percepción de los nuevos desafíos y de las nuevas funciones del Estado de ellos resultantes implicaba, precisamente en el caso de los pioneros, el peligro concreto de caer en la unilateralidad y de exagerar la importancia del nuevo campo de tareas respectivo. Gran parte de las elevadas expectativas manifestadas en cada uno de esos casos se derivaban de que se tendía a considerar que lo nuevo era lo único importante en ese momento. Pero el

posterior transcurso de los acontecimientos mostró que, si bien hay cosas nuevas, estas no pueden, simplemente, sustituir a las anteriores, como es natural, sino que lo nuevo debía, más bien, añadirse a las funciones estatales ya conocidas y a su Derecho. La Nueva Ciencia del Derecho administrativo salió a la palestra haciendo valer unas pretensiones muy elevadas y con una acusada inclinación a la autorreferencialidad. En los cincuenta años que hemos considerado, difícilmente encontramos una explosión comparable²⁷². Lo que quizá se pueda aprender del pasado aquí considerado es el proceso típico o probable de aparición de nuevas funciones del Estado y de su subsiguiente reflejo en el Derecho y en la ciencia del Derecho. Uno de los casos más tempranos y claros de incursión en un terreno hasta entonces desconocido fue —como se ha explicado más arriba— el movimiento de la planificación. En él cabe observar, al modo de un tipo ideal, el ciclo de abstinencia, entusiasmo y desilusión. Al final ya no se esperaba de la planificación el nuevo Estado, el nuevo Gobierno o la nueva sociedad. Sin embargo, el tema de la planificación no quedó clausurado y superado al final de aquel ciclo. De modo característico, la planificación, una vez despojada de las exageradas esperanzas de futuro en ella depositadas, se había convertido en una función «normal» del Estado y de la Administración. La planificación tenía lugar en la legislación, en la praxis administrativa y en el Derecho administrativo. Ya no era el nuevo paradigma, sino que quedó asentada en el Derecho —en calidad de planificación urbanística, ordenación del territorio, planificación sectorial y planificación medioambiental— como una función del Estado junto a otras. Igualmente, el Derecho de la planificación ya no se entendía a sí mismo como lo nuevo por excelencia o como la gran alternativa,

²⁷² Si acaso —las comparaciones solo son posibles parcialmente, como siempre— esa situación nos hace recordar el debate referido a la planificación, que durante un período de 15 años atravesó un ciclo de abstinencia, entusiasmo y desilusión. Ya pronto se hizo notar en torno a la planificación una euforia que no ahorraba en palabras grandilocuentes, según se aprecia, por ejemplo, en las famosas frases introductorias de J. H. KAISER a: *Planung I-III*, 1965, 1966, 1968: «La planificación es el gran rasgo característico de nuestra época» (I, p. 7); «La planificación es actualmente un concepto clave que asciende en la conciencia general» (I, p. 7); «la planificación, hija de la crisis» (III, p. 7).

sino como un campo importante junto a otros importantes campos del Derecho. De ello también cabe obtener la siguiente conclusión: al todo del Derecho administrativo, al igual que al todo de las funciones del Estado, no se puede acceder desde un solo campo de funciones.

Si, en este contexto, se intenta extraer, con la obligada prudencia, una enseñanza de la evolución de los cincuenta años de Derecho público, de la época que siguió a la fase fundacional se puede decir que las causas primarias de esa evolución no fueron nunca movimientos internos a la ciencia del Derecho, sino los cambios de los problemas reales de la sociedad, que salieron al paso del Derecho como otros tantos desafíos a los que dio respuesta el Derecho público.

d) Al dirigir la mirada a la evolución de los últimos treinta o cuarenta años en su conjunto, a mí, representante de una vieja ciencia del Derecho administrativo, las respuestas del Derecho público no me parecen haber sido deficitarias por principio o siempre, en modo alguno. Algunos autores de la Nueva Ciencia del Derecho administrativo consideran que el Derecho público que ahora queda a nuestras espaldas ha sufrido diversas crisis, ya fuese a comienzos de los años setenta o a comienzos de los ochenta²⁷³. Naturalmente que puede haber habido crisis de las que los afectados o los observadores nada sospechasen en aquel entonces, pero difícilmente pueden haber sido grandes crisis. Hemos de procurar no crear leyendas. La historiografía es plural. La historia de los últimos cincuenta años que aquí hemos presentado es una de las interpretaciones posibles, ni más ni menos que eso. Lo mismo sucede con la Nueva Ciencia del Derecho administrativo, que entiende la historiografía como parte immanente de su propia programación. En la descripción que hace de sí misma es correcto que la «Nueva Ciencia del Derecho administrativo» surgió como movimiento de reacción o como contraposición. Esa es la marcha normal de la ciencia, que vive de la crítica a lo anterior y del desarrollo hacia delante. Si, ya desde el principio, se quiere o se puede presentar la propia intención renovadora como superación de una crisis,

²⁷³ VOßKUHNLE (nota 107), parte B I 5: De la «crisis» a la «reforma» del Derecho administrativo; BUMKE, «Methodik» (nota 2), pp. 98 y ss.

es una cuestión de estrategia científica; y, quizás, todavía más, precisamente, de la presentación que uno elija para sí mismo. No por estar dirigida contra una fase evolutiva precedente es la Nueva Ciencia del Derecho administrativo ya automáticamente la síntesis de lo viejo y lo nuevo. No disponemos aún de esa síntesis. Una síntesis de ese tipo tendría que hacer referencia a toda la múltiple variedad de las funciones de la Administración y demostrar ahí su potencial²⁷⁴, y, para llegar a esa síntesis, la mirada debe dirigirse a todos los sectores de referencia y a todos los tipos de problemas relevantes para el Derecho administrativo. Y —como acaba de decirse— la experiencia hace pensar que el todo de la Administración y del Derecho administrativo no se puede captar desde una sola perspectiva. Empleando una frase conocida, avalada por muchos, hay que decir que no cabe trazar los contornos de la Administración positivamente, sino solo negativamente²⁷⁵. La razón profunda de ello nos conduce directamente al conjunto de todas las funciones del Estado y de la Administración. La multiplicidad de funciones del Estado y su gran heterogeneidad hace imposible una definición material de la Administración verdaderamente relevante en lo tocante a su contenido²⁷⁶. Solo cabe comprender la Administración como la totalidad de sus (sumamente diversas) funciones. Cualquiera otra vía es un atajo inadmisibles, pues el Derecho administrativo es el Derecho de un gran cúmulo de funciones de heterogéneo contenido.

²⁷⁴ Ha de abarcar también el Derecho de policía, que podría volver a convertirse en un campo en crecimiento, o la Administración prestadora. La Nueva Ciencia del Derecho administrativo aún no ha demostrado que tenga un acceso a esos campos propio y guiado por sus propios métodos.

²⁷⁵ FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, 1.ª ed., 1950, comienza su manual afirmando: «La ciencia del Derecho administrativo trata —prosigue— de una carencia teórica que quepa superar. «Antes bien, el hecho de que se pueda describir, pero no definir, se debe a la naturaleza propia de la Administración».

²⁷⁶ Expongamos el argumento con toda la fuerza que tiene: la pretensión de captar todas las funciones de la Administración, recogiendo su contenido, desde una sola perspectiva o desde una sola teoría, tendría como presupuesto, ni más ni menos, que la existencia de una teoría acabada de las funciones del Estado que abarcara todas esas funciones. Sernejanse teoría no existe, y muchos son los indicios de que no puede existir. Por ello, tampoco en lo que respecta a las funciones de la Administración tenemos otra forma de proceder que la descriptiva o enumerativa.

D. EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN: LA SEGUNDA FASE DEL DERECHO PÚBLICO BAJO LA LEY FUNDAMENTAL

I. EL FUNDAMENTAL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO AUTÓNOMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UN ESTADO MIEMBRO

La evolución del ordenamiento jurídico alemán tras 1949 de más hondas consecuencias es la resultante de la adhesión de Alemania, en 1958, a la Comunidad (Económica) Europea. Alemania sigue siendo un Estado —qué duda cabe— pero, en muy diversos sentidos, es más cierto caracterizarla como «Estado miembro»²⁷⁷. Su ordenamiento jurídico ya no es autárquico o autónomo. En un Estado miembro el Derecho está pluralizado. El Derecho vigente en Alemania es Derecho no solo alemán, sino un Derecho procedente de varias fuentes, compuesto y entretelado²⁷⁸. Esta situación fundamental determina el punto de partida de casi todos los campos del Derecho. Ha dejado de existir cualquier refugio

²⁷⁷ Acerca de la condición de Estado miembro de la Comunidad Europea, yendo al fondo, PERNICE, en ISENSEE/KIRCHHOFF (eds.), *Handbuch* (nota 185), vol. VIII, § 191, núms. 20 y ss.

²⁷⁸ SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., 1988, 2.ª ed., 2005.