

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO PÚBLICO EN ALEMANIA

Matthias Hartwig*

Sumario

1. El derecho público en Alemania en el pasado
 - 1.1. La evolución del derecho público en Alemania hasta el fin del Imperio
 - 1.1.1. La relación entre la Corona y el Parlamento
 - 1.1.2. Federalismo
 - 1.1.3. Derechos básicos
 - 1.1.4. El derecho administrativo
 - 1.1.4.1. El derecho público subjetivo como concepto central
 - 1.1.4.2. La jurisdicción administrativa
 - 1.2. El derecho público durante la República de Weimar
 - 1.2.1. La estructura nacional durante la República de Weimar
 - 1.2.2. Derechos básicos en la época de Weimar
 - 1.3. El derecho público durante el Tercer Reich
 2. Los derechos públicos a Alemania hoy
 - 2.1. Los derechos básicos en el marco de la Constitución
 - 2.2. El reforzamiento del carácter democrático del Estado
 - 2.3. Estabilización de los órganos
 - 2.4. Federalismo
 - 2.5. El papel del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*)
 - 2.6. El derecho administrativo
 - 2.6.1. Evolución del derecho público subjetivo
 - 2.6.2. La ampliación de los controles del Tribunal Administrativo
 - 2.6.3. Nuevas formas del derecho administrativo
 - 2.6.4. Burocracia
 - 2.6.5. Tendencias de privatización y derecho público
 - 2.7. El derecho público y el derecho europeo
 3. Futuras tareas del derecho público
- Bibliografía

* Matthias Hartwig, doctor en derecho. Asociado de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Im Neuenheimer Feld 535; D-69120 Heidelberg, mhartwig@mpil.de.
Artículo recibido el 2.08.2010. Evaluación ciega: 5.08.2010. Fecha de aceptación de la versión final: 17.09.2010.

1. El derecho público en Alemania en el pasado

1.1. La evolución del derecho público en Alemania hasta al fin del Imperio

Si bajo el concepto de *derecho público* entendemos la ordenación de las relaciones del Estado con sus ciudadanos y las normas relativas a la organización de éste, podemos hablar de la existencia de derecho público en Alemania —suponiendo que consideramos el concepto de *estado* desde una perspectiva amplia— ya desde la baja edad Media. Entonces ya se decretó una orden de elección para designar a los reyes alemanes, cuya manifestación más definidora fue la Bula Dorada de 1356. Desde el siglo XIII, algunas estructuras federales se fueron formando en el seno de la organización del Imperio, como lo demuestra sobre todo el *Statutum in favorem principum*, decretado en 1231 por el Káiser Frederic II, en virtud del cual el regente concedía ciertos derechos de autonomía a los príncipes imperiales. Las diferentes ordenanzas municipales alemanas —como el derecho de Magdeburg o el derecho de Lübeck— no sólo dejaron huella en los status municipales alemanes, sino que incluso fueron exportados a Polonia y Rusia.¹ Pero las repercusiones de estos avances del derecho público no se van en absoluto a restringir a la edad media, más bien al contrario se puede seguir el rastro, aunque con intermitencias, hasta nuestros días. De manera que, en este sentido, podemos hablar en general de continuidad: pensemos sólo en el federalismo o en el derecho de autonomía municipal característicamente alemanes.

A pesar de ello, en el sentido moderno de la expresión no podemos hablar de la existencia de un derecho público en Alemania hasta el siglo XIX. A partir de esta época se implantan en la mayoría de países, y finalmente también en el refundido Imperio de 1871, las primeras constituciones; al mismo tiempo, también surgió un derecho administrativo moderno. Estos progresos, sin embargo, no aparecieron en un espacio jurídico alemán aislado, sino que lo hicieron bajo la fuerte influencia de Francia. Tanto el llamamiento a redactar una constitución escrita que incluyera los derechos del hombre como la elaboración del derecho administrativo alemán, habrían sido hechos inconcebibles sin los correspondientes avances alcanzados en estas materias en Francia. Resulta muy significativo que el influyente *Tratado sobre Derecho Administrativo* de Otto Mayer, escrito en 1885 en Estrasburgo, fuera una obra redactada en una ciudad que hasta 1871 había pertenecido a Francia.²

¿Cuáles fueron las grandes preguntas del derecho público durante el siglo XIX y hasta el fin del Imperio que desaparecieron con la derrota a la Primera Guerra Mundial?

Con respecto al derecho constitucional, la cuestión principal en el ámbito del derecho de organización del Estado era cómo debían ser las relaciones entre la Corona y los representantes del pueblo, y en segundo lugar la relativa al carácter federal de la estructura nacional. Además, la discusión entorno a los derechos humanos y de los ciudadanos fue ganando en virulencia con el paso de los años. El objeto de las discusiones de derecho administrativo giraba, por una parte, en torno a las funciones del Estado y, de la otra, se planteaba cuáles debían ser las formas de la acción administrativa; y finalmente cuál sería la protección jurídica y judicial más adecuada.

¹ El derecho de Lübeck fue introducido en prácticamente todas las ciudades hanseáticas de la costa del mar Báltico, incluso en Riga y Revale (el actual Tallin); por su parte, el derecho de Magdeburg se implantó en muchas ciudades polacas, y también en Kiev, donde hoy todavía se conmemora en la puerta del Derecho de Magdeburg.

² Otto Mayer: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Leipzig, 1885.
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

1.1.1. La relación entre la Corona y el Parlamento

Con respecto a la legislación, la lucha para obtener competencias marcó todo el siglo XIX. Mientras que a lo largo del siglo XVIII las normas todavía eran promulgadas como edictos o decretos por los káiseres, reyes o príncipes, con la introducción del concepto de soberanía del pueblo el Parlamento reclamaba una autoridad legislativa esencial. Aun así, los parlamentos de los *länder* alemanes —el Parlamento a escala estatal fue introducido por primera vez con la fundación del Imperio alemán— no se unían en absoluto sobre la base de un derecho de voto universal e igualitario. Las mujeres quedaban excluidas de este derecho, y el derecho de voto de los electores se determinaba según el patrimonio, como quedó bien patente en el caso del famoso "derecho de sufragio de las tres clases" (*Dreiklassenwahlrecht*).³ Además, era una costumbre habitual habilitar una sala de voto especial para la nobleza.

Las tensiones para obtener competencias en los ámbitos de la legislación y del derecho presupuestario se hicieron patentes en el marco del conflicto constitucional prusiano de 1862. El Gobierno defendía la idea de que la prolongación del servicio militar y el aumento de las fuerzas armadas era competencia exclusiva suya. Por su parte, el Parlamento reclamaba competencias en derecho presupuestario, y por consiguiente poder decidir sobre la concesión del dinero adicional para los costes relacionados con la prolongación del servicio militar y la ampliación de las fuerzas armadas. Bismarck, que en aquel tiempo fue designado en cierto modo en la oficina del presidente del Gobierno como el salvador de la Corona prusiana, defendía la denominada "teoría de las Omisiones" (*Lückentheorie*), por la cual el Gobierno podría actuar en caso de conflicto sin estar sometido a los compromisos del derecho presupuestario. Los éxitos militares del ejército prusiano en las guerras contra Dinamarca en 1864 y Austria en 1866 provocaron la aprobación por parte del Parlamento prusiano, en 1866, de la llamada *Ley de indemnidad*, en virtud de la cual se legalizaban ulteriormente los presupuestos de los años anteriores. Si el conflicto se hubiera acabado realmente, la mayoría de los expertos constitucionales habrían considerado la acción de Bismarck como una ruptura de la Constitución.⁴ En la segunda mitad del siglo XIX, el derecho constitucional alemán ya se había desarrollado demasiado en la dirección de un constitucionalismo inequívocamente parlamentario para ceder a la Corona una primacía incondicional en caso de conflicto.

El parlamentarismo experimentaba una sólida continuidad gracias a la creación del *Reichstag* (Parlamento) y con la redacción de la Constitución del año 1871. Los miembros del *Reichstag* fueron escogidos sobre la base de un derecho de voto igualitario, libre y secreto, y por lo tanto esta institución se fundamentaba en una legitimación democrática tan amplia como casi no poseía ningún otro organismo legislativo de la Europa de aquel tiempo. No obstante, el Gobierno del Imperio era una responsabilidad exclusiva del káiser, que no podía ser ratificada ni desestimada por el *Reichstag*.

³ El derecho de voto de las tres clases prusiano consistía a repartir los votos en los distritos electorales según los pagos de impuestos, de manera que las personas más ricas, que producían el primer tercio de los ingresos fiscales en el distrito correspondiente, quedaban agrupadas en una misma categoría; a continuación, la categoría siguiente de personas con relación a su riqueza, que abonaban el segundo tercio de los impuestos, se agrupaban en otra clase, y finalmente el resto de la población contribuyente. Las tres clases disfrutaban del mismo peso electoral en el seno de un distrito electoral. Thomas Kühne: *Dreiklassenwahlrecht und Wahlkultur in Preußen*. Düsseldorf, 1994.

⁴ Compárese con Ernst Forsthoff: *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4ª ed. Stuttgart, 1972, pág. 137 y s.

1.1.2. Federalismo

Después de la disolución del antiguo Imperio el año 1805, en Alemania existían un gran número de estados autónomos que, si bien es cierto que se decidieron agrupar en un *bund* (federación o alianza) alemán, no perdieron nada ni pizca su soberanía. Esta situación cambió por primera vez con la fundación de la Confederación de Alemania del Norte en 1866, que en 1871 daría lugar al Imperio Alemán con la inclusión de los estados del sur, como Hessen, Baviera, Baden y Württemberg. La fundación del Imperio se fundamentó en la firma de contratos entre los estados soberanos, lo cual no quiere decir que la Constitución del año 1871 estableciera un federalismo contractual que permitía a sus miembros segregarse del país en cualquier momento simplemente cancelando el contrato. Más bien eran los estados soberanos los que se integraban en el Imperio. Por otra parte, se les otorgaba una posición especial en el seno de la orden constitucional. El *Reichsrat* (Consejo Imperial), una especie de segunda cámara, disponía de amplias competencias en materia de legislación y de implementación de leyes, además en arbitraje de disputas o pleitos entre los estados miembros o dentro de un *land*. A diferencia de la segunda cámara legislativa de otros estados federales, el mencionado Consejo no estaba compuesto por representantes de los organismos legislativos de los *länder*, sino de representantes de los gobiernos regionales respectivos. De esta manera, por una parte la génesis del Imperio Alemán tenía en cuenta el hecho de que en su origen el país había sido formado por estados soberanos, los representantes en el exterior de los cuales no eran en absoluto los parlamentos respectivos sino los gobiernos. Por otra parte, había que fundamentar la legitimidad a escala monárquica y federal de las actuaciones estatales a través del *Reichsrat* y de sus miembros, que habitualmente no eran responsables del Parlamento sino de los príncipes territoriales. Además de la legitimidad democrática moderna derivada del *Reichstag*, había otra de tradicional proveniente de las casas principescas regentes representadas indirectamente en el *Reichsrat* «por la gracia de Dios». Éstas rebelaron un carácter tan independiente que una y otra vez se hacían especulaciones sobre si el *Reichsrat* podía o no neutralizar la legitimación democrática derivada del *Reichstag*, lo cual habría significado la restauración de la situación política anterior.⁵

1.1.3. Derechos básicos

Los derechos básicos tuvieron un papel primordial desde la Revolución Francesa en la discusión relativa al derecho público en Alemania. Si bien cierto que los derechos básicos dejaron de ser recogidos en una constitución nacional, dado que el antiguo Reich fue disuelto en 1805 por Napoleón, estos derechos se vieron reflejados en numerosas constituciones regionales, como la de Baden, Württemberg, Baviera o Prusia. Era aplicable tanto a las constituciones que fueron promulgadas por voluntad del pueblo como a las denominadas *constituciones impuestas*, las cuales fueron entregadas al pueblo en un acto unilateral y como resultado de la voluntad de los terratenientes de turno, como la de Prusia del año 1851. El discurso humanista que se fue propagando como consecuencia de la Revolución Francesa, ayudado también por las tendencias renovadoras derivadas del Congreso de Viena, ya no se pudo interrumpir. Por lo tanto, la reunión celebrada en la Paulskirche de Frankfurt en 1848, que pretendía redactar una constitución para un país nuevamente en vías de creación — que sin embargo nunca entró en vigor—, dedicaba una gran atención al catálogo de los derechos humanos.

El catálogo de los derechos humanos preveía los derechos civiles básicos y clásicos, como la libertad de opinión y de prensa y la libertad de religión, pero también el derecho a la emigración. El derecho a la igualdad también

⁵ Egmont Zechlin: *Staatsstreichpläne Bismarcks und Wilhelms II.*, 1929; Carl Schmitt: *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre*, impreso en: Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pág. 29. Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

ganó un protagonismo notable, el cual, a diferencia de lo que sucede hoy, no servía ante todo para controlar la arbitrariedad del legislador, sino que tenía como objetivo la abolición de los privilegios de clase, ya fuera mediante la aplicación inmediata o bien como fruto de una tarea del legislador.

El gran déficit de los derechos básicos seguía siendo la carencia de relevancia práctica. Se consideraban preceptos que regulaban las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, una especie de declaración oficial, sin que se pudieran aplicar a la vida cotidiana.⁶ Los derechos básicos fueron en este sentido más la expresión de un entendimiento nacional que una garantía de derechos concretos, razón por la cual se consideraba además innecesario incluir estos derechos en la Constitución nacional de 1871, un texto que sirvió de base para restablecer el Estado alemán. La protección de los derechos básicos se satisfizo entonces según la concepción de los padres de la Constitución y mediante su introducción en las respectivas constituciones de los *länder*. Fuera de eso, la garantía no constitucional de estos derechos era considerada sustancialmente vigente y efectiva, por ejemplo a través de la libertad de actividad industrial y comercial en el marco del reglamento industrial de la Confederación de Alemania del Norte del año 1868 o de la libertad de prensa, que ya quedaba garantizada gracias a la ley de prensa de Württemberg, de 1817,⁷ dado que en este caso se trataba de normas que estaban sujetas a la aplicación de los tribunales. A parte de eso, si la sanción de los derechos básicos en la Constitución nacional no hubiera otorgado unas garantías más elevadas, la Constitución a duras penas habría disfrutado de una garantía de continuidad en la ocupación mayor que el derecho ordinario,⁸ y el concepto que los legisladores parlamentarios dependían de los derechos básicos garantizados por la Constitución era desconocido en aquellos tiempos.

Las líneas de conflicto que caracterizaban aquella época iban, por una parte, de la Corona a su gobierno exclusivamente responsable y de la otra, de la Corona a los legisladores parlamentarios. El Parlamento, en particular, siempre que se derivara de un sufragio general e igualitario como el que formó el *Reichstag* alemán en 1871, era considerado básicamente representante del pueblo, y en este caso concreto, representante de los ciudadanos. Los derechos básicos servían igualmente para proteger a estos ciudadanos del Estado, y para ser más exactos de la Corona.⁹ No obstante, el Parlamento, en calidad de representante de los ciudadanos, sólo se interpondría en los derechos básicos garantizados a los ciudadanos cuando fuera en interés del pueblo. Por ello, las mencionadas intervenciones o intromisiones en la libertad y la propiedad bajo las cuales se integraban los derechos básicos estaban condicionadas por la ley: las restricciones en la libertad o la propiedad sólo eran lícitas por medio o en virtud de una ley. A partir de la suposición de que el Parlamento sólo actuaría en interés del ciudadano se derivaba que al legislador no le era necesario establecer límites jurídicos para restringir su comportamiento. La garantía de los derechos básicos se producía mediante las leyes ordinarias.

⁶ En Francia se mantuvo este entendimiento hasta 1971. En su famosa sentencia n.º. 71-44 DC, de 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional resolvió por primera vez que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se aplicara también en su jurisdicción.

⁷ Gerhard Oestreich: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2ª ed. Berlín, 1968, pág. 101.

⁸ La modificación de la Constitución se llevó a cabo fundamentalmente emitiendo leyes ordinarias (artículo 78 de la Constitución alemana de 1871).

⁹ Eso se hacía patente, por ejemplo, en las prohibiciones de la censura o en la inclusión de un juez en las detenciones.

1.1.4. El derecho administrativo

1.1.4.1. El derecho público subjetivo como concepto central

El derecho administrativo se desarrolló en Alemania sin recibir ninguna influencia de la discusión relativa a los derechos básicos. El hecho que la materia jurídica del derecho administrativo estuviera sometida a los principios y reglamentaciones propios separados del derecho civil ya había quedado demostrado en la discusión entorno al mencionado derecho, y también en el transcurso de la legislación que regulaba la relación entre los ciudadanos y el Estado. En este caso, se pueden mencionar tanto las leyes de expropiación, sobre la base de las cuales se llevaron a cabo las grandes obras de infraestructura del siglo XIX, por ejemplo la construcción de calles, vías de ferrocarril y canales, como también la introducción de una ley tan fundamental como la que regulaba la actividad industrial y comercial. Esta ley no sólo garantizaba la libertad de industria y negocio sino que también regulaba las competencias del Estado en el control de los permisos y las concesiones y de los negocios subsiguientes. Por lo tanto, se trataba siempre de la imposición unilateral de medidas estatales sobre la base de una autoridad soberana, lo cual diferenciaba esta ley de las disposiciones del derecho civil, que concernía habitualmente a las relaciones jurídicas entre personas del mismo rango.

Un asunto central, en el cual el desarrollo del derecho administrativo alemán se diferenciaba esencialmente de su fuente espiritual, es decir, el derecho administrativo francés, fue la evolución del concepto del derecho público subjetivo, que difería de manera bastante elemental del concepto de *intérêt légitime*, del cual surgieron el ordenamiento jurídico francés y la mayoría de los ordenamientos jurídicos romanos influenciados por éste. La implantación de este concepto se puede considerar sin ningún tipo de duda una imitación del derecho civil con los derechos que se garantizan. Significaba sobre todo el establecimiento de una posición autónoma del ciudadano respecto del Estado. Éste dejaba de ser el súbdito, el objeto de la acción del Estado, para convertirse más bien en el sujeto, a quien le correspondían una serie de derechos propios, también ante el Estado. Sin embargo, estos derechos no eran naturales sino que se creaban únicamente por medio de la legislación correspondiente, y por consiguiente eran fruto de la voluntad parlamentaria. En qué lugar y bajo qué condiciones se creaba el derecho subjetivo no sólo constituía el objeto de la dogmática más profunda, sino que también acostumbraba a suscitar acaloradas discrepancias en el ámbito de la jurisprudencia. Aun así se impuso el concepto que el derecho subjetivo siempre existe cuando una norma tiene que proteger los intereses de una persona y que se reconoce a este individuo el ejercicio de su poder jurídico y de su voluntad.¹⁰ Por ello, el carácter de sujeto del ciudadano no sólo se tipificaba como titular de derechos ante el Estado sino que además ocurría un nexo de unión para la imposición jurídica de los derechos.

1.1.4.2. Jurisdicción administrativa

Desde mediados de siglo XIX, en Alemania se discutió intensamente entorno a la necesidad de introducir una jurisdicción administrativa propia. El derecho público había experimentado un crecimiento notable por todas partes gracias a las cada vez más numerosas regulaciones y ordenamientos del Estado, que fueron acompañadas de una concienciación progresiva de las particularidades del derecho público, ahora también con respecto al derecho civil. Este estado de cosas planteó la cuestión que tal vez había que introducir una jurisdicción experta en aspectos de derecho administrativo. La decisión se inclinó finalmente para favorecer la jurisdicción

¹⁰ Compárese con Otmar Bühler: *Die subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*. Berlín, 1914, págs. 25.

administrativa, pero en primera instancia sólo se implantaron los tribunales administrativos a escala de los *länder*, como por ejemplo el de Baden en 1863. El primer tribunal administrativo nacional no se crearía hasta 1941.¹¹ La desconfianza hacia los tribunales administrativos era consecuencia también del temor que existiera un vínculo demasiado estrecho entre la Administración y la jurisdicción administrativa. El ejemplo del Conseil d'Etat francés también contribuyó a incrementar estos temores. De hecho, la carrera de un juez administrativo transcurría durante un largo periodo en la Administración, por lo cual no se podía negar alguna proximidad personal entre los letrados controlados y la autoridad controladora. El derecho constitucional reaccionó ante la situación y actualmente se permite a los tribunales ordinarios decidir sobre la cantidad de las indemnizaciones en caso de expropiación.¹²

Los tribunales administrativos contribuyeron de manera esencial al desarrollo del derecho público, en especial en el establecimiento de los principios procesales del derecho administrativo. Éste es un hecho lo bastante significativo porque el derecho administrativo material fue codificado en primera instancia de manera defectuosa y entonces no existía un derecho procesal administrativo propio. La competencia de los tribunales administrativos estaba vinculada en aquellos tiempos al tipo de la demanda, por lo que no ofrecía una protección completa contra la actuación del Estado. Más bien el demandante se podía defender de un acto administrativo ilegal sólo mediante un recurso de nulidad o bien se podía querellar por la promulgación de un acto administrativo mediante un recurso de queja. Entonces no existía ninguna garantía de protección jurídica completa.

1.2. El derecho público durante la República de Weimar

1.2.1. La estructura nacional durante la República de Weimar

El fin de la Primera Guerra Mundial comportó una interrupción prolongada en la evolución del derecho público alemán. El káiser dimitió y en 1919 se creó la primera Constitución democrática a escala nacional. Con todo, en algunos aspectos esta ley estaba todavía muy arraigada en las estructuras del Imperio. Se detectaba especialmente en el fuerte posicionamiento del ejecutivo, en el que el presidente escogido directamente poseía un derecho legislativo de urgencia (*Notverordnungsrecht*) extensivo, lo cual con el fin de la época de Weimar y la instauración del régimen nacionalsocialista, que tuvo lugar durante la Constitución de Weimar, se reveló funesto. Exceptuando a los presidentes, los órganos previstos en la Constitución de Weimar resultaron sumamente débiles. Los gobiernos se sucedían con mucha rapidez porque las coaliciones en las cuales se basaban se disolvían o porque eran destituidos por las mayorías radicales. Ni siquiera el *Reichstag* de turno conseguía casi nunca finalizar el periodo de la legislatura.

El federalismo tenía un papel secundario y la dogmática abogaba por un estado federal unitario en vista de la debilidad de los *länder*.¹³ En esta línea, es muy significativo que el país aplicara la ejecución federal (*Reichsexekution*) contra los *länder* hasta cuatro golpes durante el breve periodo weimariano; finalmente, el año 1932 Prusia se sometió a la *Zwangsverwaltung* (Ley relativa a la liquidación forzosa y a la intervención judicial de los bienes) dictada por el Imperio.¹⁴

¹¹ Orden del Führer de 3 de abril de 1941.

¹² Artículo 14, apartado 3, página 4 de la Constitución.

¹³ Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vol. III. Munich, 1999, pág. 118.

1.2.2. Derechos básicos en la época de la República de Weimar

Con la Constitución de Weimar de 1919 cambió considerablemente la posición de los derechos básicos en el seno del derecho público. Estos derechos eran recogidos en la segunda parte de la Constitución estatal: la parte siguiente a la de la organización del Estado. Sin embargo, estos derechos se caracterizaban por el hecho de poseer unas singularidades que hacían que su función se diferenciara en gran manera de la de los derechos básicos de la Ley fundamental. El catálogo de derechos básicos no sólo se restringía a los clásicos derechos civiles y políticos, sino que también englobaba los derechos sociales, como el derecho al trabajo o el derecho a la vivienda. Las formulaciones, ahora también las de los derechos sociales básicos, mostraban en muchos casos los derechos básicos como tareas conferidas al legislador, y éstos no eran inmediatamente aplicables al individuo. De hecho, el número de resoluciones o sentencias de los tribunales decretadas durante la República de Weimar que se basaban en los derechos básicos fue muy escaso. La magistratura, que en gran parte se componía todavía de jueces procedentes del Imperio, no había interiorizado todavía el significado que tenían los derechos básicos en el marco de un sistema jurídico. Además, faltaba un tribunal autónomo experto en la protección de los derechos básicos, como hoy es el Tribunal Constitucional.¹⁵

En la discusión entorno a los derechos básicos se evidenciaron nuevas dimensiones de estas garantías. Si los derechos básicos se consideraban primeramente como derechos de defensa contra el Estado, siguiendo la tradición del Imperio, y sobre todo contra el ejecutivo, esta interpretación se complementaba con la concepción de los derechos básicos como institución. Eso significaba que los derechos básicos no sólo iban dirigidos contra el Estado, sino que, al revés, representaban garantías que obligaban al Estado a establecer pre-requisitos para su ejercicio. Con todo, el Estado había pensado menos en la obligación de establecer prestaciones materiales mínimas que en su deber de elaborar o mantener las condiciones legales indispensables para la fundamentación del derecho básico. En concreto, esta situación se ejemplariza perfectamente con el modelo de la propiedad como garantía institucional (*Institutsgarantie*). La propiedad sin una expresión jurídica no existe. La propiedad se define por medio de las regulaciones del Código Civil (BGB), sin el cual no es posible la asignación. La garantía institucional exige al legislador la puesta a disposición de una dotación normativa mínima de la propiedad. Curiosamente, esta versión de los derechos básicos fue exaltada por la facción conservadora, cuyo representante más prominente era Carl Schmitt.¹⁶ Este hecho fue el resultado del desplazamiento del poder dentro de las estructuras políticas, y se introdujo así una democracia totalmente consolidada en la República de Weimar. Mientras que en época del Imperio se producían tensiones entre la Corona y el Parlamento, como representante del pueblo, ahora el Parlamento había monopolizado todo el poder legislativo. Los peligros ya no provenían tanto del ejecutivo o de la Corona como de la mayoría parlamentaria, que a causa del cambio de las circunstancias políticas toleraba todas las ideas menos las conservadoras. Contra esta mayoría parlamentaria, que posiblemente pretendía transformaciones radicales en el reglamento de la propiedad, las cuales ya habían sido anticipadas por la revolución de noviembre de 1918, ahora había que esgrimir los derechos básicos como instituciones; estos derechos debían limitar la libertad de acción de los legisladores —es decir, una eventual mayoría voluble—, obligándolos a respetar los derechos básicos —y en concreto el derecho a la propiedad— como instituciones, siempre que fueran desprovistos de sus mandatos y prescripciones.

¹⁴ Compárese con *Preußen contra das Reich vor dem Staatsgerichtshof*. Con prólogo del director ministerial Dr. Brecht. Berlín, 1933.

¹⁵ La literatura se mostró en diversas ocasiones muy refractaria respecto del Tribunal Constitucional; compárese, por ejemplo, con Carl Schmitt: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, en Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pág. 63.

¹⁶ Carl Schmitt: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, en Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pág. 140.

Evidentemente, la interpretación de los derechos básicos como garantías institucionales no era la única. En la época de la República de Weimar, percibida como crítica, la doctrina de la Constitución y del Estado se focalizaba continuamente en resolver las cuestiones básicas relativas a la legitimación estatal y por lo tanto ponía un énfasis especial en los derechos básicos. La concepción positivista predominante, animada por la Escuela de Viena de Hans Kelsen y representada por el analista más destacado de la Constitución nacional de Weimar, Gerhard Anschütz, entendía los derechos básicos como derechos consolidados, a los cuales no se podía adjudicar una preeminencia especial a causa de su contenido material. Dentro de esta concepción, los derechos básicos manifestaban únicamente los principios generales de la legitimidad de la Administración, ya que sólo se podía intervenir en estas garantías amparadas por la Constitución mediante o en virtud de una ley. Este concepto implicaba que muchos derechos básicos no se desarrollarían totalmente hasta que los legisladores ordinarios no implementaran las leyes no constitucionales, es decir que nuevamente se necesitaba la legislación. Por otra parte, Rudolf Smend subrayaba el efecto integrador de la Constitución, y en particular de los derechos básicos, para la sociedad.¹⁷ Estos derechos, observados en perspectiva, se revelaron no sólo como normas estipuladas hasta un cierto punto de manera arbitraria, cuya legitimidad sólo se derivaba del criterio de los legisladores, sino también como garantías necesarias para una convivencia pacífica de la sociedad. Hermann Heller recalcó el significado social de los derechos básicos donde veía garantías de protección liberal contra el Estado y también obligaciones para la creación de relaciones vitales en que los ciudadanos pudieran percibir su libertad.¹⁸

La literatura del periodo weimariano relativa a los derechos básicos es muy completa y extensa e influenció en gran medida la discusión sobre el tema también en la República Federal de Alemania. Con todo, los derechos básicos de la República de Weimar fueron más importantes en tanto que punto de cristalización para una dogmática jurídica básica en progresión que como normas que marcaran de manera decisiva el ordenamiento jurídico con su aplicación.

1.3. El derecho público en el Tercer Reich

De 1933 a 1945, todos los avances conseguidos en el ámbito del derecho público desde el siglo XIX se fueron a pique. La prerrogativa del Parlamento con respecto al ejecutivo acabó en marzo de 1933 con la *Ermächtigungsgesetz* (Ley de habilitación de poderes especiales), cuando la autoridad para establecer normas recayó básicamente en el ejecutivo; las garantías de los derechos básicos fueron suspendidas con el Decreto del incendio del Reichstag (*Reichtagsbrandverordnung*) de febrero de 1933, y el federalismo se disolvía con la *Gleichschaltung* (equiparación o unificación) de los *länder*. En la práctica, el derecho administrativo siguió evolucionando en gran manera, pero bajo los modelos nacionalsocialistas. En 1941 se formó incluso el Tribunal Administrativo Nacional previsto en la Constitución de Weimar. Conviene destacar también los desarrollos posteriores de la dogmática, aunque también en este caso muchos de sus paradigmas y preceptos estaban impregnados de la ideología nacionalsocialista; en concreto, la devaluación del significado del derecho público subjetivo, que era considerado como una herencia indeseable del liberalismo y de su reafirmación inherente del individuo. En cambio, la ideología nacionalsocialista consideraba al individuo sólo como una parte de la comunidad del pueblo. Por consiguiente, con respecto al Estado la doctrina nazi no preveía tanto los derechos del individuo como el bienestar del conjunto de la población, a cuyos procuradores se podía dirigir el individuo, pero sólo en interés de la generalidad. La dogmática del derecho administrativo de aquel tiempo acogió, sin embargo, las tendencias modernas del Estado y las introdujo en este derecho con efecto permanente. La novedad más

¹⁷ Rudolf Smend: *Verfassung und Verfassungsrecht*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlín, 1955, pág. 119, 260 y s.

¹⁸ Hermann Heller: *Grundrechte und Grundpflichten*, en H. Heller: *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, pág. 281 y 310.

importante fue el reconocimiento del Estado como un prestador.¹⁹ De hecho, el Estado asumió cada vez más tareas a partir de la primera mitad del siglo XX con el fin de satisfacer las necesidades de la población. El Estado creció a través del concepto original —liberal— de una organización nacional destinada a mantener la seguridad y el orden. El Estado se encargaba de tareas que englobaban desde el sistema educativo hasta las prestaciones sociales. La dogmática impregnaba el concepto de *Daseinsvorsorge* (servicios de interés público general) y trataba de desarrollar los instrumentos de derecho administrativo necesarios, que se diferenciaban totalmente de los medios de la Administración intervencionista tradicional.²⁰

2. El derecho público en Alemania hoy

El derecho público actual empieza con la entrada en vigor de la Constitución una vez acabada la Segunda Guerra Mundial. Esta Constitución se tenía que entender como una respuesta al fracaso de la República de Weimar y a las barbaridades perpetradas por el Tercer Reich. La Constitución aprobada en 1949 seguía cuatro líneas principales: la protección del individuo, el reforzamiento del Parlamento, la estabilización de los órganos políticos y la consolidación del federalismo.

2.1. Los derechos básicos en el marco de la Constitución

Resulta ya lo bastante significativo que la primera parte del texto constitucional esté dedicada a los derechos básicos y la segunda se ocupe de la organización del Estado, invirtiendo así la secuencia de la Constitución de Weimar, lo cual demostraba la reacción de los legisladores ante las atrocidades del Tercer Reich. Originalmente, el artículo 1 de la Ley fundamental o Constitución debía tener el texto siguiente: «El Estado queda supeditado a la voluntad del hombre, y no el hombre a la voluntad del Estado.» La idea subyacente de este texto se expresa ahora mediante la posición de los derechos del hombre en la Constitución y se extiende a través de la conocida formulación del artículo 1 de la Constitución en forma normativa: «La dignidad del hombre es inviolable.»

El significado elevado de los derechos básicos no sólo queda reflejado en el papel impreso. En los últimos 60 años, estos derechos han marcado el ordenamiento jurídico como ninguna otra vertiente o aspecto del derecho, condicionado absolutamente por la formulación y el papel o función que la Constitución les ha adjudicado.

Renunciando a la Constitución de Weimar, la aplicación inmediata de los derechos básicos fue plasmada por escrito por parte de todos los órganos estatales. Los derechos básicos no necesitaban una implementación previa del derecho ordinario para poder ser aplicados por los tribunales y órganos administrativos. Se trataba de normas que se podían aplicar de la misma manera que las del Código Civil, dado que a los efectos legales tenían un carácter práctico. La aplicación inmediata se consiguió a costa de omitir en gran manera la protección de los derechos sociales básicos, ya que se argumentaba que la aplicación de estos derechos pedía una implementación no constitucional —a diferencia de los derechos de defensa civil, que en primera instancia sólo imponían al Estado una prohibición de acción— con el fin de mostrar al Estado en qué momento, cómo y en favor de quien debía ejecutarlos. Sobre todo, se extendió el temor que los derechos sociales básicos sólo se cumplieran en caso de liquidez del Estado, lo cual condujo a una relativización que posiblemente también afectó a los otros derechos básicos, y eso es lo que había que evitar en todo momento.

¹⁹ Sobre este tema véase Ernst Forsthoff: *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*. Deutsches Recht, 1935, pág. 398.

²⁰ Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vol. III. Munich, 1999, pág. 366.
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

Sin embargo, como mínimo igual de significativo que la formulación de los derechos básicos como derecho inmediatamente aplicable fue la creación del Tribunal Constitucional, que estaba en condiciones de proteger sobradamente los derechos. Esta institución no sólo se preocupaba, por lo tanto, de una protección material sino también procesal. El procedimiento de reclamación constitucional ofrecía al individuo muchas posibilidades de actuar judicialmente contra la violación de un derecho básico por cualquier tipo de acción oficial. En realidad, cuando fuera innecesario que los tribunales expertos llevaran a cabo una protección de los derechos básicos tan extensiva teniendo en cuenta la aplicación inmediata, se podía igualmente confiar en que procuraran suficiente protección remitiéndose al texto legal. Aun así, hay que tener en cuenta que los jueces de los tribunales expertos ya durante la República de Weimar y el Tercer Reich estaban casi siempre en funciones y por lo tanto todavía no habían interiorizado la importancia y el significado de los derechos básicos para interpretar el ordenamiento jurídico. Además, a la consagración de estos derechos ayudó mucho al hecho de que los tribunales expertos en su protección los defendiera contra las agresiones provenientes tanto del Estado como de la jurisprudencia experta. De hecho, se concedió al Tribunal Constitucional Federal una competencia más amplia que a ningún otro tribunal en el mundo. Este Tribunal podía ser apelado por cualquier individuo siempre que éste notara que cualquier medida u omisión estatal vulneraba uno de sus derechos básicos. Los actos y las acciones del Estado englobaban desde simples actos administrativos, sentencias judiciales, disposiciones o decretos, leyes ordinarias, leyes de consenso (*Zustimmungsgesetzen*) para pactos o acuerdos firmados según leyes internacionales²¹ hasta leyes para modificar la Constitución, que pueden ser consideradas anticonstitucionales cuando infringen la prohibición estipulada en el artículo 79, apartado 3 de la Constitución, y determinados principios básicos de la Constitución, entre los cuales figura, poder modificar el principio de inviolabilidad de la dignidad del hombre.²² Aun así, la dignidad del hombre se consideraba el núcleo de cada uno de los derechos básicos, por lo cual se excluía la posibilidad de interferir en exceso en los derechos básicos que afectaran a este precepto fundamental.

La protección institucional que proporcionaba el Tribunal Constitucional iba acompañada de una concepción muy amplia de los derechos básicos. El punto de partida seguía siendo la interpretación de los derechos básicos como derechos de defensa contra el Estado, lo cual se correspondía con la concepción liberal de éstos, tal como se desarrolló sobre todo durante el siglo XIX. Con todo, conviene precisar que los derechos básicos, también en su función clásica de derechos de defensa, englobaban cada vez más aspectos de la acción estatal y por ello fueron desapareciendo ámbitos donde éstos no estaban previstos. Ello era aplicable sobre todo a las denominadas *relaciones de poder especiales*. Se trata de áreas caracterizadas por una relación particularmente estrecha entre el ciudadano y el Estado, como por ejemplo las prisiones²³ o el servicio público. El Tribunal Constitucional Federal dejó claro en la jurisprudencia continua que los derechos básicos deben ser respetados también en los ámbitos mencionados por parte de los órganos estatales.

El Tribunal Constitucional Federal no se detuvo, sin embargo, en la interpretación de los derechos básicos como derechos de defensa. En los años cincuenta este Tribunal ya había descubierto, aparte de la función antes mencionada, que estos derechos poseían un significado de derecho objetivo. A continuación, los derechos básicos se fueron expandiendo hacia el resto de apartados del ordenamiento jurídico. Todos los órganos estatales

²¹ Son conocidas, por ejemplo, las reclamaciones constitucionales contra el Tratado de Maastricht, BVerfGE 89, pág. 155 y contra el Pacto de Lisboa, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

²² Véase, p. ej.: BVerfGE 30, 1; 84, 90.

²³ BVerfGE 33, 1.

estaban obligados a interpretar el derecho ordinario a los efectos de los derechos básicos.²⁴ Por esta razón también se tiene que atribuir a las normas de derecho civil que regulan las relaciones entre dos personas una significación que esté en consonancia con los derechos básicos. En esta línea, el Tribunal Constitucional Federal declaró que la prohibición del Código Civil relativa a los actos contrarios a la buena fe —artículo 242 del Código Civil alemán— tiene que especificar que los bancos que conceden un crédito a un individuo no pueden firmar contratos de fianza relacionados con el citado crédito con sus familiares si estos familiares no tienen ningún interés en el crédito y no pueden reconocer la relevancia o significado del contrato.²⁵ Además, del significado de derecho objetivo de los derechos básicos, también se deriva que el Estado no sólo está obligado a no omitir intromisiones o injerencias contrarias a éstos, sino que, al contrario, tiene que tomar medidas activas para proteger los derechos básicos. Ello se demuestra particularmente en el caso de las reformas del derecho al aborto. El Tribunal Constitucional Federal concluyó que, según el artículo 2, apartado 2 de la Constitución, donde se especifica el derecho a la vida, el Estado también tiene que garantizar una protección suficiente, imponiendo, si hiciera falta, sanciones penales a los individuos privados que atenten contra la vida.²⁶ Sin duda, la dimensión relativa a la obligación de protección se considera uno de los avances recientes más importantes en el ámbito de los derechos básicos. Las obligaciones de protección se sustancian en una multitud de constelaciones; en el caso de la autorización de aparatos o equipos técnicos peligrosos, el Estado tiene que exigir a los usuarios que tengan cuidado en adoptar todas las medidas de seguridad posibles según el estado actual de la tecnología.²⁷ El problema de las obligaciones de protección estatales radica en el hecho de que, aunque sirven a algunos individuos, también en muchos casos atentan contra otros. Así, la defensa de los derechos básicos justifica que el Estado pueda limitar las libertades y, de alguna manera, eso comporta una regresión de sus metas y aspiraciones. Por otra parte, no se puede ignorar que hoy las amenazas a la libertad de los hombres ya no provienen de un estado, al fin y al cabo lo bastante domesticado, sino más bien de los individuos que a causa de su poder económico y tecnológico pueden ingerir sagaz y subrepticamente en la esfera del individuo. El Estado es la única institución que les puede hacer frente, y su función de garantizar la paz en virtud de su monopolio de la fuerza y el poder exige la protección del individuo, ya que a éste se le deniega la posibilidad de tomar medidas para autoprotgerse, en tanto que la evolución de los derechos básicos en dirección a los orígenes de las obligaciones de protección sea consecuente.

2.2. El reforzamiento del carácter democrático del Estado

La República de Weimar se caracterizó por traspasar, sobre todo en etapas de crisis, extensas áreas del poder legislativo al ejecutivo, lo cual puso freno a la Constitución. Ahora ya no se consideraba un derecho legislativo autónomo para el ejecutivo. El Gobierno sólo podía emitir decretos u órdenes si estaba autorizado legalmente para hacerlo, por lo cual la ley debía detallar el contenido, el objetivo y el alcance de esta autorización —artículo 80 de la Constitución—, para que la competencia legislativa del Gobierno dependiera en todo momento de la voluntad concreta del Parlamento. El Tribunal Constitucional Federal actualizó este requisito mediante la denominada *Wesentlichkeitstheorie* ("Teoría de la substancialidad");²⁸ a continuación, correspondía a los legisladores parlamentarios resolver por sí mismos las cuestiones esenciales, en especial las que concernían a los derechos básicos, y éstos no podían en absoluto deferir esta tarea al ejecutivo vía autorización legislativa.

²⁴ BVerfGE 7, 198.

²⁵ BVerfGE 89, 214.

²⁶ BVerfGE 39, 1.

²⁷ BVerfGE 49, 89.

²⁸ BVerfGE 49, 89.

El reforzamiento de los componentes parlamentarios se demuestra también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal relativa a los expatriados del Ejército alemán.²⁹ La Constitución no regula expresamente las competencias para decidir sobre el uso de las fuerzas armadas en el extranjero. Las disposiciones constitucionales relativas al uso de las fuerzas armadas se refieren exclusivamente a problemas que afectan al uso de estas fuerzas en el espacio jurídico del territorio nacional, por lo tanto en la Constitución no encontramos en absoluto disposiciones relativas al uso de las fuerzas armadas, por ejemplo, en el marco de las misiones de la ONU. El Tribunal Constitucional Federal sostiene, desde los primeros casos en que el Ejército fue utilizado en misiones de la ONU, que la Constitución se basa en el concepto de un ejército derivado de la autoridad del Parlamento, de lo cual se deriva que sólo se puede hacer uso de las fuerzas armadas en el extranjero si el Parlamento da el consentimiento. Y este permiso tendrá que incluir tanto el alcance del compromiso militar como sus objetivos y propósitos. Es cierto que en caso de utilizar la fuerza militar la flexibilidad estatal puede sufrir bajo estas exigencias, pero el Tribunal Constitucional considera más importante, teniendo en cuenta la historia alemana, que el Parlamento controle las fuerzas armadas y a la vez las pueda utilizar de manera flexible antes que no someter al Ejército a ningún tipo de control.

2.3. Estabilización de los órganos

Un análisis de la Constitución muestra que el derecho de la organización del Estado está enfocado hacia la creación de órganos estables. El Parlamento no posee ningún derecho de autodisolución. Un canciller federal —a diferencia de la época weimariana— sólo puede ser destituido mediante un voto de censura constructivo, es decir, cuando el Parlamento escoge a otro canciller por mayoría de sus miembros, según el artículo 67 de la Constitución. Un voto de confianza con resultados negativos puede conducir a la disolución del *Bundestag*, es decir, que el Parlamento posiblemente sufra las consecuencias de tal voto y retroceda atemorizado. Las reglamentaciones relativas a la organización del Estado han contribuido ciertamente de manera notable al hecho de que los órganos de la República Federal de Alemania sean estables. Sólo una vez prosperó un voto de censura constructivo,³⁰ y después de un voto de confianza fracasado sólo tres veces desde 1949 se disolvió el Parlamento.³¹ Significativamente, en los tres casos se dieron situaciones en que el mismo canciller federal no deseaba obtener la confianza sino abrir un nuevo camino a la reelección. Si el voto de confianza que pretende la disolución concuerda o no con la Constitución o si más bien contradice el objetivo de las disposiciones enfocadas hacia la estabilidad, es un asunto objeto de un debate encendido y continuo.³² Con todo, el Tribunal Constitucional Federal no ha definido el procedimiento correspondiente como anticonstitucional.³³

2.4. Federalismo

Una de las condiciones de las fuerzas de ocupación en el momento de la fundación de la República Federal de Alemania fue que el nuevo Estado dispusiera de una estructura federal.³⁴ En realidad, los aliados habían

²⁹ BVerfGE 90, 286; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 8 de mayo de 2008, consultable en www.bundesverfassungsgericht.de.

³⁰ En 1982 Kohl fue escogido canciller federal en el transcurso de un voto de censura constructivo.

³¹ Los votos de confianza otorgados a Brandt en 1972, a Kohl en 1983 y a Schröder en el 2005 no prosperaron, y en cada caso se disolvió el Bundestag.

³² Compárese con Matthias Hartwig: *Misstrauen ist gut, Kontrolle ist besser: Die Auflösung des Bundestages im Verfahren des Art. 68 GG*. Der Staat, 2006, pág. 409

³³ BVerfGE 62, 1 y s.; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 25 de agosto de 2005, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

³⁴ Dietmar Willoweit: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5ª ed. Munich, 2005, pág. 426.

procurado sobre todo descentralizar el ejercicio del poder en la medida de lo posible controlando los borradores de la Constitución. Los *länder* obtenían así considerables competencias a través de esta Ley fundamental.

La Constitución hace el planteamiento siguiente respecto de las competencias con un tono favorable a los *länder*: siempre que no sea procedente aplicar ninguna otra regulación, los *länder* tendrán la competencia. Eso ha comportado que los *länder* ejerzan parcelas esenciales del poder ejecutivo. En general, los *länder* pueden elaborar tanto leyes estatales como las suyas propias, según el artículo 83 y siguientes de la Constitución, por lo cual necesitan una extensa maquinaria oficial. El número de funcionarios regionales o de distrito supera de mucho el de funcionarios estatales. La autoridad policial es ejercida casi exclusivamente por los *länder*. La policía estatal se limita principalmente a la vigilancia de las fronteras, de los aeropuertos y de las estaciones de ferrocarril. La Administración federal se lleva a cabo en los ministerios oficiales y en algunas áreas específicas, como el servicio exterior, las fuerzas armadas, la seguridad de los aeropuertos o las vías fluviales federales. Los tribunales también están asignados en exclusiva a los *länder*, a excepción de los tribunales superiores (Tribunal Federal de Justicia, Tribunal Federal Contencioso Administrativo, Tribunal Federal Contencioso Tributario, Tribunal Federal Social y Tribunal Federal Laboral).

El asunto más complicado es el ámbito de la legislación. También en este caso la Constitución se inclina hacia la competencia de los *länder* (artículo 70 de la Ley fundamental). No obstante, en la práctica los *länder* sólo reciben una competencia de legislación exclusiva en tres ámbitos: el de la educación y la cultura, con la inclusión de los medios de comunicación, el del derecho local y el del derecho policial. Las materias en que el *bund* posee el derecho de legislación exclusiva son muy limitadas y engloban, por ejemplo, la nacionalidad, el derecho al régimen monetario o el tráfico aéreo, (artículo 73 de la Ley fundamental). La mayoría de materias fueron recogidas por la legislación concurrente (artículo 74 de la Constitución). En este apartado, los *länder* acostumbran a disfrutar de la competencia legislativa, siempre que el *bund* no haya regulado las materias respectivas de manera definitiva. Originalmente, el *bund* sólo podía dictar leyes según unos requisitos determinados, cuando, por ejemplo, hacía falta una legislación federal para proteger unas condiciones de vida y económicas unificadas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal había declarado desde siempre que la cuestión de la necesidad de esta legislación tenía un carácter político y por lo tanto no era justiciable.³⁵ El *bund* aprovechó esta situación para regular definitivamente toda la materia de la legislación concurrente. A la reforma de la Constitución de 1994 le siguió una reformulación del pertinente artículo 72. Si eso antes significaba que el *bund* podía actuar en la región siempre que existiera la necesidad, por ejemplo, de proteger la uniformidad de las condiciones de vida o bien de garantizar la unidad, jurídica y económica, la nueva formulación proclamaba que el *bund* estaba autorizado también a legislar, siempre que esta legislación fuera "necesaria" para conseguir las metas mencionadas. Para ello se tenía que poder establecer un control judicial de las competencias para legislar en el ámbito de la legislación concurrente. Al mismo tiempo, en los parlamentos de los *länder*, además del *Bundesrat* y de los gobiernos regionales, se les concedió la posibilidad de llevar a cabo controles normativos abstractos, por bien que restringidos a la cuestión de si era realmente necesario aplicar la legislación federal en casos concretos.³⁶ Desde el 2002, el Tribunal Constitucional Federal ha endurecido los controles de la legislación federal en el apartado de la legislación concurrente con respecto a la necesidad de ésta. En la resolución de la ley orgánica relativa al cuidado de las personas mayores, el Tribunal Constitucional Federal precisó que no era necesario disponer de una legislación federal a los efectos de la Constitución para la creación de condiciones de vida equiparables, si sólo se trataba de la puesta en vigor de disposiciones a escala nacional, y que únicamente

³⁵ BVerfGE 2, 213, jurisprudencia permanente.

³⁶ Art. 93, apart. 1, n.º. 2 a de la Constitución.
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

sería necesaria la legislación si estas condiciones de vida de los *länder* se desarrollaran por separado y de una manera claramente perjudicial para el tejido social. Por otra parte, la diversidad de sistemas jurídicos de los *länder* haría innecesaria, según el Tribunal, la existencia de una legislación para la creación de una uniformidad jurídica, y éste sería el caso si la fragmentación jurídica comportara consecuencias inaceptables; por contra, sí que sería necesaria una legislación federal para la creación de la unidad económica si, en caso contrario, surgieran inconvenientes notables para la economía nacional.³⁷

Con la reforma de la Constitución del año 2006 la legislación concurrente fue nuevamente regulada, y disminuyó en parte el fortalecimiento de los *länder* de 1994.³⁸ El *bund* necesitaba sólo en un número limitado de casos una justificación para legislar, como la creación de condiciones de vida equiparables o la protección de la unidad jurídica y económica. Eso se aplica por ejemplo a todos los ámbitos del derecho económico, que incluyen el derecho mercantil, comercial, artesanal, bancario, bursátil y del sector asegurador privado; además de el derecho de extranjería, del suelo, de circulación vial, el de la incentivación de la investigación, y el de la responsabilidad pública entre otras materias, se meten en esta categoría³⁹. Con respecto al resto, es decir, por ejemplo, el derecho civil, penal, de asociación, de los refugiados o medioambiental, los legisladores pueden dictar leyes en adelante a su libre albedrío.⁴⁰ Otra modificación consiste en el hecho de que en adelante a los *länder* también les estará permitido dictar leyes en unas cuantas materias, las cuales se encuadraban antes en el ámbito de la legislación marco, que en el futuro dejará de existir, siempre que el *bund* haya actuado antes en la región.⁴¹ En este caso, por lo tanto, la legislación federal no cede el paso a la legislación regional o del *land* sino que más bien ambas coexisten en un mismo espacio jurídico. Sin embargo, el derecho del *land* no disfruta, siempre que exista, de un privilegio de aplicación superior al federal o estatal; en caso de que el derecho del *land* fuera revocado, se aplicaría nuevamente el derecho estatal.

Aun así, las competencias de la legislación de los *länder* no se modificarán completamente cuando ésta se limite a la repartición de las materias legibles. Más bien lo que hay que tener en cuenta es que los *länder* que conforman el *Bundesrat* (Consejo Federal) —en el que, como sucedía en el *Reichsrat* (Consejo Imperial), los representantes de los gobiernos regionales tienen escaños— participan en el proceso de legislación. Una parte considerable de las leyes federales orgánicas sólo se pueden promulgar con la aprobación del *Bundesrat*, es decir, con la cooperación de los *länder*. Eso afecta sobre todo a las leyes que intervienen en la soberanía de la organización y administración de los *länder* (artículos 84 y 85 de la Constitución), además de las leyes que se fundamentan en las obligaciones de prestaciones en efectivo de los *länder* con respecto a terceros (artículo 104 a, apartado 4). De esta manera, los *länder* poseen el control incluso con respecto a la legislación estatal. La reforma del año 2006 tenía que reducir el número de leyes sujetas a autorización o consentimiento, en concreto que en adelante el *bund* sólo pudiera intervenir excepcionalmente en las estructuras organizativas y administrativas de los *länder* mediante leyes propias. No obstante, todavía esperamos el éxito de esta reforma.⁴²

³⁷ BVerfGE de 24 de octubre de 2002; BVerfGE de 16 de marzo de 2004, Declaración de anticonstitucionalidad de la definición de una ley federal ordinaria, porque la reglamentación no era necesaria; BVerfGE de 9 de junio de 2004; BVerfGE de 27 de julio de 2004. Consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

³⁸ Christoph Degenhardt: *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2006, pág. 1209; Matthias Hartwig: *El federalismo alemán*. Consultable en <http://www.analitica.com/plazaglobal/ponencias/pdf/1893705.pdf>.

³⁹ Compárese: artículo 72, apartado 2 de la Constitución, relacionado con el artículo 74.

⁴⁰ Compárese: artículo 72, apartado 1 y 2 de la Constitución, relacionado con el artículo 74.

⁴¹ Estas materias incluyen, por ejemplo, la caza o la protección, de la naturaleza, artículo 72, apartado 3 de la Constitución.

⁴² Georg Hermes: *Aussagekräftige Statistiken liegen bislang noch nicht vor*, en Horst Dreier: *Grundgesetzkommentar*. Tübingen, 2008, art. 84, RN 67 y s.

El federalismo no es sólo una cuestión de competencias sino que la efectividad de las estructuras centrales también depende en gran parte de la repartición fiscal entre el *bund* y los *länder*. La Ley fundamental determina que únicamente a los *länder* o al *bund* les corresponde la recaudación de algunos tipos de impuestos, pero éstos tienen una importancia muy secundaria. Los tipos de impuestos más productivos, es decir, los impuestos sobre ventas y sobre la renta se reparten entre el *bund* y los *länder*, por lo cual los *länder* reciben el 50% de los impuestos sobre la renta, y éstos se distribuyen entre los diferentes *länder* según el total de impuestos de cada *land*. La repartición de los impuestos sobre ventas se regula mediante una ley, lo cual obliga a los *länder* a asignar bastante dinero para poder cumplir sus tareas. La cuota correspondiente a los *länder* se distribuye entre estos según el número de habitantes. Finalmente, se llega a un complicado procedimiento de compensación entre los *länder* más ricos y los más pobres, y entre los *länder* pobres y el *bund*; ello tiene que servir para evitar que la disparidad económica entre los *länder* crezca en exceso, acción que se basa en la idea de solidaridad. No obstante, recientemente se observan tendencias que adjudican una responsabilidad propia mayor a los *länder* por su situación económica, por lo tanto la obligación de aportar subvenciones suplementarias por parte del *bund* se aplica *a posteriori*. Este hecho se demostró especialmente en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa al apoyo financiero del *bund* a los *länder*,⁴³ en que este Tribunal recalcó que la emergencia presupuestaria de un *land* no puede generar la obligación del *bund* de adjudicar subvenciones suplementarias al *land* en cuestión. Estas subvenciones sólo están justificadas en caso de que exista un desequilibrio básico entre los ingresos fiscales de un *land* y su carga de trabajo. La elaboración de un presupuesto equilibrado es principalmente una tarea que corresponde a los *länder*, y de ello no se deriva una obligación de apoyo económico por parte del *bund*, aún al contrario es el *land* quien se tiene que esforzar para alcanzar estos objetivos reduciendo los gastos. Por ello, el federalismo solidario pone el acento sobre la *competitividad*, y cada *land* es responsable de sus actos y está obligado a crear sus condiciones económicas en competencia con los otros *länder*, armonizando los gastos y los ingresos fiscales. Sin embargo, este desarrollo todavía no ha encontrado expresión en la legislación constitucional, y resta pendiente una reforma sustancial del derecho de reparto fiscal. Hasta ahora, la reforma de la Constitución financiera se ha limitado en lo esencial a la tipificación del freno al endeudamiento.⁴⁴

2.5. El papel del Tribunal Constitucional Federal

Como ya se ha mencionado antes con relación a los derechos básicos, el Tribunal Constitucional Federal tiene un papel importante en la estructura de poder de la República Federal de Alemania. Sucede sobre todo porque la falta de competencia para poder emprender acciones o intervenir por iniciativa propia queda compensada por el hecho que un gran segmento de solicitantes, demandantes o reclamantes pueden llevar una causa ante el Tribunal Constitucional Federal, sin olvidar a los individuos. Por esta razón, casi nunca se dirime una disputa legal sin que el Tribunal no sea apelado. Si bien es cierto que las tareas del Tribunal Constitucional se limitan a juzgar la constitucionalidad de los actos soberanos del Estado, sus resoluciones y sentencias tienen una gran repercusión en la conformación de la vida política. La jurisprudencia constitucional engloba cualquier forma de acto u omisión por parte del Estado, desde los actos individuales hasta las leyes. Gracias al control de los tribunales expertos, el Tribunal Constitucional, como ya se ha comentado en apartados anteriores, proporciona una orientación totalmente nueva a la jurisprudencia mediante la inclusión de los derechos básicos en la interpretación del derecho ordinario. La jurisprudencia constitucional ha dejado profundas huellas en el área del

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 19 de octubre de 2006, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁴⁴ Véase más abajo, punto 3.

derecho social y del derecho fiscal. También conviene mencionar que el ordenamiento federal se habría desarrollado de otra manera sin la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Obviamente, la competencia del Tribunal para anular leyes también tiene un rol primordial, ya que puede contradecir la voluntad de los legisladores parlamentarios. Eso demuestra que los legisladores también ven restringido su margen de actuación por los límites que marca la Constitución. Sin embargo todavía permanece la cuestión de hasta qué punto y con qué frecuencia puede intervenir este Tribunal en la legislación con ánimo corrector, sin que el proceso democrático del establecimiento de normas salga maltrecho.

La jurisdicción constitucional no sólo actúa a escala estatal. De hecho, todos los *länder* disponen de sus órganos correspondientes, muchos de los cuales consideran la posibilidad de interponer una reclamación constitucional. Con todo, el criterio de valoración exclusivo es la constitución del *land*, por lo tanto en caso de reclamaciones constitucionales también se recurre a los derechos básicos estipulados en este texto legal. El objeto de valoración en los procesos de reclamación constitucional llevados ante los tribunales constitucionales de los *länder* son los actos individuales o normativos realizados por los órganos de éstos. En cambio, el derecho federal no puede ser objeto de valoración, porque en estos casos éste tiene preferencia con respecto al derecho del *land*. Aun así, un asunto controvertido es en qué medida los tribunales constitucionales de los *länder* pueden verificar o controlar la aplicación del derecho federal a través de sus órganos, en concreto mediante sus tribunales.⁴⁵ En el conocido juicio contra el antepenúltimo presidente del Consejo de Estado de la RDA, Erich Honecker, celebrado en 1993, el Tribunal Constitucional de Berlín resolvió que las resoluciones y sentencias de los tribunales del *land* podían ser verificadas según los criterios de su constitución, aunque se aplicara el derecho federal. El hecho decisivo era, según este Tribunal, que en este caso habían actuado los órganos del *land*, pero esta resolución fue muy discutida; la opinión mayoritaria en la literatura jurídica era que la responsabilidad de controlar o verificar la aplicación del derecho federal conformemente a los derechos básicos tenía que recaer exclusivamente en el Tribunal Constitucional Federal.

2.6. El derecho administrativo

2.6.1. Evolución del derecho público subjetivo

El derecho administrativo también experimentó un fuerte avance después de la Segunda Guerra Mundial. El concepto del derecho subjetivo se amplió bajo la influencia de los derechos básicos, y se dejó de concebir la ayuda social estatal como una limosna pública que repartía el Estado a su libre albedrío. La dignidad humana exigía más bien que una persona con una carencia material tenía derecho a recibir la prestación correspondiente del Estado.⁴⁶ En conjunto, se observa una ampliación notable de los derechos públicos subjetivos, pero éstos se fundamentaban tan a menudo en los derechos básicos que en el ámbito de la dogmática jurídica se había planteado la cuestión de si los derechos públicos subjetivos justificaban la existencia como figura independiente del derecho administrativo o si más bien serían desplazados y finalmente sustituidos por los derechos básicos.⁴⁷

⁴⁵ Matthias Hartwig: *Los derechos fundamentales en la República federal de Alemania y sus Länder*; en Miguel A. Aparicio (ed.): *Derechos y libertades en los Estados compuestos*. Barcelona, 2005, pág. 145.

⁴⁶ En este sentido, se modificó la antigua Ley de ayuda social federal.

⁴⁷ Rudolf Bernhardt: *Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte*. Juristenzeitung, 1963, pág. 302 y s.; Manfred Zuleeg: *Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?* Deutsche Verwaltungsblätter, 1976, págs. 509 y s.

2.6.2. La ampliación de los controles del Tribunal Administrativo

Una modificación fundamental del derecho administrativo fue provocada por la inclusión de un decreto del Tribunal Administrativo el año 1960, que constituye la primera reglamentación legal completa del proceso administrativo establecida en Alemania. Especialmente destacable fue la modificación de la admisión de la demanda. Primeramente se aplicó un principio de enumeración; a continuación sólo se podía presentar ante el Tribunal Administrativo quien ejerciera su derecho con una demanda prevista en el ordenamiento juridicoprocesal. Desde la inclusión del Reglamento del Tribunal Contencioso Administrativo, el derecho administrativo permite interponer cualquier demanda siempre que la persona interesada pueda hacer valer judicialmente una vulneración o violación de un derecho, por lo cual se recurre a la garantía de protección de derechos del artículo 19, apartado 4 de la Constitución; por lo tanto el individuo puede interponer una demanda contra cualquier violación de un derecho por parte del Estado.

No obstante, el derecho administrativo alemán no va tan lejos para introducir una *actio popularis* general. Sólo en algunos ámbitos, como el derecho medioambiental, permite hasta ahora el derecho administrativo interponer una demanda colectiva altruista, es decir, permitir que las asociaciones de protección de la naturaleza presenten una demanda contra las violaciones de las disposiciones medioambientales, incluso cuándo éstas no hayan sido infringidas de acuerdo con sus propios derechos.⁴⁸ La idea básica de esta política es que en caso contrario nadie podría demandar judicialmente el cumplimiento de las normas correspondientes; el control judicial se considera, con todo, un medio muy efectivo para ejercer el derecho público, y éste consiente antes la ruptura del sistema que descartar la posibilidad de una demanda. Con respecto al resto, en Alemania el derecho administrativo sigue arraigado al principio del derecho público subjetivo. Las demandas sólo se pueden interponer cuando alguien haya visto infringido alguno de sus derechos, por lo cual, como ya se ha demostrado, este derecho también se puede fundamentar completamente conformemente al derecho básico.

En Alemania la protección jurídica del Tribunal Administrativo no se limitaba a la abolición de los actos administrativos contrarios a derecho. A diferencia de Francia, donde se ponía a los jueces límites estrechos a la hora de intervenir en la Administración en virtud del concepto de partición de poderes, los tribunales administrativos alemanes podían imponer deberes de acción, por ejemplo en caso de recurso de queja a una sentencia o resolución admitida (artículo 42 del Reglamento del Tribunal Contencioso Administrativo). Además, de la obligación constitucional de protección judicial, se deriva también la protección jurídica provisional, dado que la mencionada protección tiene que ser efectiva; pero ello implica que los tribunales tienen que tener las competencias para tomar medidas en cualquier proceso para evitar la aparición de un *fait accompli* (hecho consumado), el cual anule la protección jurídica efectiva.

Con la introducción de una jurisdicción administrativa, cuyas competencias no se ven restringidas por la enumeración de los posibles tipos de demanda, y con el trasfondo de un derecho básico a la protección judicial, surgió otro problema: una jurisdicción administrativa creciente y a menudo desbordada. Los tribunales administrativos no sólo verificaban de manera extensiva el ejercicio de los arbitrios administrativos, imitando y extendiendo a más ámbitos las doctrinas francesas de los defectos en el ejercicio del poder discrecional, sino que también controlaban la interpretación de conceptos jurídicos tan imprecisos como *fiabilidad* o *estado de la tecnología*.

Esta situación se fundamentaba en el deseo de privar el mínimo posible a las actuaciones estatales de los controles judiciales. Sin embargo, este desarrollo comportó inspecciones muy exhaustivas de los actos administrativos, lo cual acabó planteando la cuestión de una partición de poderes razonable, ya que habitualmente los tribunales administrativos no estaban lo bastante dotados para oponerse a los expertos de la Administración. Eso se hizo especialmente patente en el derecho a establecer centrales nucleares. La Administración autorizó la instalación de centrales atómicas bajo determinados requisitos que se orientaban hacia la seguridad. Las acusaciones y demandas contra los permisos de construcción acostumbraban a focalizarse precisamente en la ausencia de garantías de seguridad, y ahora correspondía a los tribunales comprobar si los requisitos de seguridad dictados por la Administración se correspondían en el estado de la tecnología. Pero para llevar a cabo esta tarea a los jueces les acostumbraba a faltar conocimientos propios y por lo tanto tenían que recurrir a expertos, que a causa de la controversia en la materia muy a menudo no llegaban a ninguna declaración unánime. Como resultado de ello, habitualmente había dudas sobre si las resoluciones de los tribunales administrativos se sustentaban en conocimientos y reflexiones más profundas que las medidas de la Administración, de manera que no fue en absoluto casualidad que al final de los años ochenta del siglo XX los expertos se ocuparan más de la cuestión de los límites de los controles judiciales o de la presión de éstos que de la ampliación posterior.⁴⁹ En este sentido, sin embargo, Alemania fue un caso único en todo el continente europeo.⁵⁰

2.6.3. Nuevas formas del derecho administrativo

El derecho administrativo experimentó una expansión notable gracias a la adopción de tareas sociales sobre una base legal. El Estado adoptaba un rol cada vez más protector. El derecho social constituía, además, una parte muy significativa del derecho público, lo cual le proporcionaba una nueva orientación. Los actos jurídicos tradicionales —simplificando, los permisos y las prohibiciones— se complementaban con concesiones o con prestaciones fácticas no fundamentadas jurídicamente. Las numerosas prestaciones de asistencia social comportaron nuevos retos para la dogmática y la práctica jurídica, en especial para los tribunales. Eso se aplicó por ejemplo a las concesiones de prestaciones sin base legal. El derecho administrativo alemán —a diferencia de las intervenciones estatales en los derechos— no exige que las prestaciones estatales tengan ninguna base legal. La mención de las prestaciones respectivas en la *Haushaltsgesetz* (Ley de presupuestos) se considera una legitimación legal suficiente.⁵¹ La provisión de prestaciones se basa a menudo en reglamentos administrativos internos, de los cuales se desprende, sin embargo, un efecto externo. La jurisprudencia administrativa determina que una práctica administrativa orientada a una directiva como ésta, junto con la cláusula de igualdad estipulada en el artículo 3 de la Ley fundamental, puede justificar el derecho a recibir las prestaciones correspondientes.

En el ámbito del derecho a la tecnología y del derecho medioambiental, muchas veces se regulan las normas técnicas exigidas por las leyes pertinentes a través de prescripciones administrativas internas. Eso permite una adaptación flexible del derecho a los conocimientos técnicos progresivos y, de los requisitos que de éstos se derivan, en los reglamentos jurídicos. Con todo, se plantea la cuestión del valor normativo de estas prescripciones administrativas internas. Dado que éstas no tienen ningún efecto vinculante orientado hacia el exterior —no fundamentan ni derechos ni obligaciones para terceras personas—, surge la cuestión relativa a su

⁴⁸ Artículo 61 de la Ley federal de protección a la naturaleza.

⁴⁹ Wolf-Rüdiger Schenke: *Bonner Kommentar*, artículo 19, apartado 4, considerando 334 y s.

⁵⁰ Jochen Abr. Frowein / pub.: *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*. Berlín, 1993.

⁵¹ Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1ª ed. Munich, 2007, pág. 123; Tribunal Administrativo Federal 6, 282.

validez y aplicabilidad. En general, los tribunales no están vinculados a este tipo de prescripciones, ya que sólo tienen que aplicar la legislación promulgada formalmente.

2.6.4. Burocracia

El derecho público alemán está muy condicionado por sus actores, los burócratas. Los funcionarios no sólo están especialmente cualificados —mucho más que los juristas— para llevar a cabo las tareas estatales, sino que además tradicionalmente tienen una relación especial con el Estado que se diferencia en muchos aspectos de las otras relaciones laborales. Una característica central es la particular obligación de lealtad de los funcionarios hacia el Estado, que a su vez se corresponde con un deber de protección y cuidado del Estado hacia los funcionarios. Estos trabajadores oficiales no tienen el mismo derecho laboral que los empleados. A éstos se les niega el derecho a la huelga y tienen que poner a disposición del Estado toda su capacidad productiva. A cambio, el Estado está obligado a pagar un sueldo razonable al funcionario, y también a sus familias. Dado que los funcionarios no firman ningún contrato de trabajo con el Estado, el Estado tiene que regular el sueldo de éstos por ley, y cuando la remuneración establecida legalmente es demasiado baja, los funcionarios tienen el derecho a interponer la demanda pertinente ante el Tribunal Constitucional Federal.⁵² La vía judicial sustituye el derecho a la huelga.

La relación entre el Estado y los funcionarios se define mediante las reglas y normas del funcionariado aceptadas y que también están recogidas en el artículo 33, apartado 5 de la Constitución. Así pues, el funcionariado no sólo adquirió el carácter de una institución constitucional, sino que además protegió sus máximas principales contra posibles aboliciones e intervenciones del derecho ordinario.

Las actividades que corresponde llevar a cabo a los funcionarios están marcadas por la tradición. En general, los trabajadores del Estado ejercen su trabajo en todos los ámbitos del servicio público, desde las tareas policiales hasta la asistencia social, como correos o estaciones de tren. La reducción drástica del cuerpo de funcionarios implicaría una privatización previa de las tareas estatales.

No obstante, el funcionariado alemán también entró en conflicto con el derecho de la Unión Europea (UE). Si bien es cierto que el artículo original 48, apartado 4 del Tratado de la CE preveía que la actividad funcional estuviera incluida en la cláusula de gratuidad del derecho comunitario, el Tribunal Europeo de Luxemburgo dictaminó que los estados no tienen vía libre con respecto a definir las actividades que sólo pueden ser llevadas a cabo por funcionarios. Estas tareas tienen que quedar reservadas a los funcionarios y a algunos miembros del Estado —jueces y soldados— que estén estrechamente vinculados al ejercicio de poder soberano, entre los cuales se integran colectivos como la policía, la jurisprudencia y la defensa nacional, pero no las profesiones meramente pedagógicas.⁵³

Los legisladores federales reaccionaron a la jurisprudencia del Tribunal Europeo disociando la condición de funcionario de la necesidad de poseer la nacionalidad alemana; desde 1993 también otros ciudadanos de la UE se pueden convertir en funcionarios y trabajar al servicio del Estado en Alemania.⁵⁴

⁵² BVerfGE 44, 249.

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo en el caso Lawrie-Blum / land de Baden-Württemberg, recop. 1986, pág. 2121.

⁵⁴ Artículo 4, apartado 1, Vol. 1, de la Ley Marco de los derechos de los funcionarios (*Beamtenrechtsrahmengesetz*).
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

2.6.5. Las tendencias de privatización y el derecho público

Desde los años ochenta las funciones estatales se han visto afectadas por una oleada de privatizaciones que comporta nuevos actos jurídicos en el área del derecho público. Desde la perspectiva del derecho público, la privatización total de los diferentes ámbitos que antes competían al Estado, como el servicio de correos o el ferrocarril, resulta menos interesante. En este caso se produce también un traspaso de los actos jurídicos del derecho público a los del derecho privado. En estos campos, habitualmente el Estado sólo se reserva las competencias residuales, como por ejemplo la reglamentación de la fijación de precios, siempre que no se genere ninguna competencia.

El reto dogmático más importante son, con todo, los ámbitos donde el Estado atrae socios privados para la implementación de tareas, como en el marco de las asociaciones público-privadas. El socio privado tiene que aportar experiencia práctica, una mentalidad más eficiente y sólida y más flexibilidad en la realización de funciones estatales. Eso se pone en práctica en áreas tan diferentes como la construcción de ciudades o calles, la protección medioambiental, el suministro de agua o incluso las áreas del derecho social. Sin embargo, hasta ahora todavía no se ha establecido ningún canon legal predefinido referente a los actos jurídicos del derecho administrativo. La Administración tiene más bien vía libre para escoger sus medios, y puede transferir a empresas privadas, por ejemplo, a través de la formalización de un contrato privado, la implementación de tareas que originalmente las llevaba a cabo el Estado. Así, recientemente, cada vez es más habitual que se transfiera la construcción, el mantenimiento y la explotación de las autopistas a las empresas privadas, que en consecuencia recaudan los peajes que están obligados a pagar los vehículos. También es posible firmar contratos de derecho público, e incluso se pueden fundar sociedades de las cuales las entidades públicas y las privadas sean socias con los mismos derechos.

Durante los últimos 15 años, en el ámbito de la Administración comunitaria, se ha extendido la práctica de transferir las instalaciones de los servicios públicos —como la eliminación de aguas residuales— a inversores privados, habitualmente extranjeros, para después arrendar sus servicios. Lo que en un principio era un negocio beneficioso para todas las partes, con la reciente crisis económica se ha convertido en una pesadilla para los municipios, que han visto abocados al límite de su capacidad económica a causa de unas complicadas operaciones que les comportan un riesgo de responsabilidad considerable.⁵⁵

Los ciudadanos, por su parte, se pueden ver afectados por la implementación de las tareas públicas a cargo de asociaciones público-privadas de manera diversa. Siempre que una tarea del servicio público sea realizada por una sociedad de derecho privado, en la que estén representados a partes iguales los socios públicos y los privados, las prestaciones y los servicios correspondientes se llevarán a cabo conformemente a las disposiciones del derecho civil; en realidad, estos tipos de empresas, a diferencia de las sociedades civiles puras, están vinculadas directamente a los derechos básicos. En caso de la creación de una asociación público-privada con inversores privados, también se puede afirmar desde la vertiente pública que éstas se financian con las tasas que tienen que abonar a los ciudadanos para percibir prestaciones, las cuales finalmente le serán suministradas por una asociación público-privada. Con todo, también se puede pensar en escenarios donde la creación de una asociación público-privada no tiene en absoluto ninguna repercusión para los ciudadanos. Dado que ni los

⁵⁵ Michael Droege: *Die Wiederkehr des Staates - Eigentumsfreiheit zwischen privatem Nutzen und sozialisiertem Risiko*. Deutsche Verwaltungsblätter, 2009, pág. 1415.

ámbitos en que estas asociaciones pueden actuar ni sus formas jurídicas están reguladas legalmente, esta forma administrativa no genera repercusiones generales para el ciudadano dignas de noticia.

2.7. El derecho público y el derecho europeo

Durante mucho tiempo el derecho europeo se consideró una fuente de derecho propia. Si bien es cierto que este derecho se encajó en el ordenamiento jurídico nacional mediante las leyes consensuadas relativas al derecho primario y las cláusulas de apertura en la Constitución, primero en su artículo 24 y después en el 23, éste coexistía de manera autónoma junto con el derecho interno. En principio, se reconoció la primacía de que disfrutaba el derecho europeo, pero eso no quería decir aún que el derecho interno nacional contrario al europeo no tuviera validez; simplemente en algunos casos concretos no se aplicaba.

Además, a causa del principio de las competencias atribuidas, el derecho europeo sólo se podía desarrollar en los ámbitos en que estaban instauradas las competencias de la UE. Básicamente, el derecho constitucional quedaba reservado a los estados miembros, y lo mismo se aplicaba al derecho de procedimiento administrativo, al derecho procesal administrativo o al derecho de responsabilidad pública. No obstante, se demostraba que el derecho europeo no se podía mantener al margen de estas materias, por lo cual el Tribunal Constitucional Federal designó el Tribunal Europeo como juez legal en el proceso prejudicial conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en virtud del artículo 101, apartado 1, página 2 de la Constitución.⁵⁶ Como resultado de ello, se integraron los procesos prejudiciales en el ordenamiento procesal alemán, y en caso de violación o infracción el individuo podía hacer valer judicialmente sus derechos vía reclamación constitucional delante de un juez legal.

Después de la sentencia de Tanja Kreil dictada por el Tribunal Europeo, en lo referente a la autorización para que las mujeres se pudieran integrar en las fuerzas armadas, la Constitución fue modificada,⁵⁷ pero todavía se seguía planteando la cuestión de la primacía de la Constitución con respecto al derecho europeo. Mientras que desde la perspectiva del derecho europeo, tal como marca la legislación del Tribunal Europeo, hacía falta reconocer en éste la primacía incondicional con respecto al derecho nacional, el Tribunal Constitucional Federal declaraba sus reservas en este asunto con su legislación invariable.⁵⁸ En concreto, la protección de los derechos básicos no tendría que tener ninguna restricción con la primacía del derecho europeo. Durante los años setenta el Tribunal Constitucional Federal todavía alegó una reserva de examen para las normas de derecho europeo aplicadas a través de los órganos alemanes,⁵⁹ y a mediados de los años ochenta consideró que los derechos básicos a escala europea estaban lo bastante garantizados para constituir la competencia examinadora, siempre que esta protección encontrara continuidad mediante el Tribunal Europeo.⁶⁰ De hecho, el Tribunal Constitucional Federal no declaró en ningún momento que ninguna norma de derecho europeo fuera incompatible con la Constitución. Con todo, la legislación muestra que el Tribunal reconoció la primacía del derecho europeo ante el derecho constitucional sólo de manera limitada.

⁵⁶ BVerfGE 73, 339.

⁵⁷ Artículo 12 a de la Constitución en la versión del 19 de diciembre de 2000.

⁵⁸ BVerfGE 37, 271; 73, 339; 89, 155; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁵⁹ BVerfGE 37, 271.

⁶⁰ BVerfGE 73, 339.

La cuestión de la primacía todavía continuó con la legislación del Tribunal Constitucional Federal relativa al derecho europeo, que fue decretado como inaplicable. Una vez firmado el Tratado —hoy artículo 267 del TFUE—, le correspondía al Tribunal Europeo determinar la infracción de las competencias mediante una norma secundaria del derecho europeo, lo cual se deriva del concepto de unidad del espacio jurídico. El Tribunal Constitucional Federal objetaba que el derecho europeo tan sólo se aplicaba sobre la base de la ley consensuada relativa a las normas primarias en el espacio jurídico nacional. Hasta qué punto a los órganos europeos se les transfieran competencias no depende en absoluto únicamente de la interpretación del derecho europeo que haga el Tribunal Europeo, sino también de la interpretación de las leyes de consenso nacionales, lo cual corresponde a los tribunales nacionales. Por eso, el Tribunal Constitucional se reserva el control de una posible vulneración del Tratado, y protege así el derecho nacional, en especial el derecho público, contra la intromisión incontrolada del derecho europeo en el espacio jurídico nacional.⁶¹

En el ámbito del derecho administrativo la situación es igualmente compleja. El derecho de responsabilidad pública alemán se ha desarrollado a partir de un conglomerado de principios diversos, que hasta hoy no han estado todavía codificados en una ley unificada.⁶² En la mayoría de casos, la responsabilidad derivada de un error legal todavía es rehusada tanto por la doctrina como por la legislación. Falta, por lo tanto, una base legal. En su famosa sentencia Francovich, el Tribunal Europeo responsabilizó al Estado por la no implementación de las directivas de la UE que estipulan los derechos del individuo.⁶³ Por consiguiente, el hecho de que el legislativo se hiciera responsable de la no implementación de las directivas justifica la responsabilidad del Estado, por lo cual el derecho de responsabilidad pública alemán como parte del derecho administrativo experimenta una ampliación que no está presente en su seno.

Un hecho destacable es también la influencia del derecho europeo en la cuestión de principio de buena fe o de confianza legítima presente en el derecho administrativo. La doctrina alemana y la legislación han desarrollado un sistema bien elaborado de revocación de actos administrativos.⁶⁴ Siempre que se confíe justificadamente en la existencia de un acto administrativo ilegal y las ganancias materiales derivadas de este acto se hayan agotado, por regla general no hay ninguna obligación de devolver el dinero recibido ilegalmente. Con todo, el Tribunal Europeo ha decidido que con respecto a la protección contra la distorsión de la competencia se han aplicado normas más estrictas que en el derecho alemán con relación a la existencia de una confianza legítima.⁶⁵ Ello incluso implica que según las normas del derecho administrativo alemán en estos casos ya no se protege el principio de confianza legítima.

3. Futuras tareas del derecho público

El derecho público en Alemania se enfrenta a grandes retos. Por una parte, está la cuestión cada vez más urgente de hasta qué punto el Estado está todavía en situación de llevar a término las múltiples tareas sociales que le han sido asignadas o que ha ido asumiendo en las últimas décadas. Con el cambio demográfico crece el porcentaje de

⁶¹ BVerfGE 89, 155; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁶² La tentativa de una codificación del derecho de responsabilidad pública al principio de la década de los ochenta topó con una sentencia del Tribunal Constitucional Federal que le denegaba al *bund* la competencia legislativa en esta materia.

⁶³ Tribunal Europeo, recop. 1991 I, 5357.

⁶⁴ Artículos 48 y 49 de la Ley del procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).

⁶⁵ Tribunal Europeo, recop. 1983, 2633.

la población que vive de las ayudas estatales, y al mismo tiempo se reduce el porcentaje de los que cotizan a la Seguridad Social. En este contexto, se plantea la pregunta de si la cobertura universal de la Seguridad Social hasta ahora garantizada por el Estado también se podrá mantener en el futuro. Aunque esencialmente estamos ante una cuestión política, no hay que olvidar que ésta también tiene repercusiones en el derecho público. La pregunta sería hasta qué punto el Estado daría vía libre a la instauración de unos servicios privados mediante el retroceso a una garantía de suministros mínimos, la cual iría acompañada del retroceso correspondiente del derecho público en esta área.

Otro reto de grandes dimensiones que tendrá que asumir el derecho público alemán —y otros países—, es la cuestión de la justicia generacional. En este caso, hay dos aspectos a destacar: la protección medioambiental y el endeudamiento estatal. La protección medioambiental tendrá que seguir procurando que se tengan más en cuenta que hasta ahora los intereses de las generaciones futuras. Si bien es cierto que esta protección se ha incluido como objetivo nacional en la Constitución, hasta ahora la opinión predominante ha sido considerarla un deber de los legisladores, lo cual en la práctica legislativa sirve como justificación para intervenir en la propiedad privada. Todavía faltan, pues, procedimientos eficientes para emprender una protección medioambiental que vaya en beneficio de generaciones futuras. Eso implicaría también explicar de manera convincente quién tiene que velar por estos intereses en favor de la actual generación, teniendo en cuenta que ésta siempre esgrime el término *voluntad democrática*. La inclusión de las generaciones futuras significaría supeditarlas a sus deseos y esta tarea corresponde en exclusiva a la generación actual, dado que difícilmente trascenderá más allá. Sin embargo, permanece la aspiración que la estructura política no se conforme sólo en el ritmo que marcan los periodos de las legislaturas sucesivas. El derecho público está llamado a mostrar nuevos caminos.⁶⁶

En el caso de las finanzas públicas, la consideración de los intereses de generaciones futuras es un asunto que se aborda constantemente. En el 2009 la Constitución incorporó el llamado *freno en el endeudamiento*, a consecuencia del cual el endeudamiento neto no superó el 0,35% del PNB nominal. Pero esta disposición preveía nueve excepciones, y hoy las reacciones politicoeconómicas con relación a la crisis financiera reciente plantean dudas sobre si estas disposiciones no serán desestimadas en caso de emergencia y si las circunstancias obligaran. El freno al endeudamiento todavía no ha sido puesto a prueba porque no entrará en vigor hasta el 2017.⁶⁷

La pregunta que permanece sin contestar es hasta qué punto el sistema jurídico alemán permite la transferencia de competencias a la UE sin que pueda dejar de calificarse de estado de derecho. El problema requiere una solución urgente sobre todo en el ámbito del derecho constitucional. ¿Se puede presagiar el fin de la Constitución por la vía, hasta cierto punto, constitucional si se transfieren tantas competencias del Estado a la UE que el carácter estatal de la República Federal de Alemania se pierda y la Constitución se vea privada de sus funciones y de su sentido? El Tribunal Constitucional Federal mostró y fijó los límites de la transferencia de competencias en la célebre sentencia de Lisboa, donde se estipula que la Constitución como tal no permite a la República Federal de Alemania ceder totalmente su soberanía o independencia. La decisión relativa de si Alemania a partir de un momento determinado se debe integrar en una unión supraestatal le corresponde, por lo tanto, al pueblo, el cual tendrá que ser llamado a decidir sobre la cuestión mediante referéndum. La Constitución

⁶⁶ Matthias Hartwig: *La costituzione come promessa del futuro*, en Raffaele Bifulco: *Antonio d'Aloia, Un diritto per il futuro*. Nápoles, 2008, págs. 57.

⁶⁷ Christofer Lenz i Ernst Burgbacher: *Die Schuldenbremse im Grundgesetz*. NJW, 2009, págs. 2561. Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010

misma no prevé un referéndum de este tipo, por lo cual la transmisión definitiva de la soberanía estatal se tendría que producir fuera del ámbito de la Ley fundamental actual.⁶⁸

Bibliografía

1. Imperio

A. Derecho constitucional

Paul Laband: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Friburg, 1883.

Otto Mayer: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Leipzig, 1885.

Ernst Forsthoff: *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4ª ed. Stuttgart, 1972.

Dietmar Willoweit: *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Munich, 2005.

Michael Stolleis: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*. Munich, 1992.

B. Derecho administrativo

Ottmar Bühler: *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*.

2. Época de la República de Weimar

A. Derecho constitucional

Gerhard Anschütz: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Berlín, 1929.

Hans Carl Nipperdey: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*. Mannheim, 1929.

Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, 3ª ed. Berlín, 1957.

Rudolf Smend: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3ª ed. Berlín, 1994.

Hermann Heller: *Staatslehre*. Leiden, 1971; *Grundrechte und Grundpflichten*. A: H. Heller: *Gesammelte Schriften*, Vol. 2, pág. 281.

B. Derecho administrativo

Michael Stolleis: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*. Munich, 1999.

Walter Jellinek: *Verwaltungsrecht*. Berlín, 1929.

3. República Federal de Alemania

A. Derecho constitucional

Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1999.

Isensee, Josef/Kirchhoff, Paul: *Handbuch des Staatsrechts*, 3ª ed., Vol. 1-7. Heidelberg, desde el 2003.

Klaus Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 1-5. Munich, desde 1977.

B. Derecho administrativo

Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munich, 2009.

Friedhelm Hufen: *Verwaltungsprozessrecht*. Munich, 2008.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 30 de junio de 2009, consultable en <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.