

# Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado\*

## Administrative law and constitutional law

Martin Ibler\*\*

Fecha de recepción: 8 de junio de 2009

Fecha de aprobación: 18 de noviembre de 2009

### Resumen

El título de este artículo es una expresión muy conocida en Alemania (Werner, 1959, p. 527, Schönberger, 2006). Desde los comienzos de la República Federal de Alemania en los años cincuenta del siglo XX, describe la conexión del derecho administrativo con el derecho constitucional. Hoy en día, el derecho constitucional penetra en el trabajo de la administración y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y la conexión entre las dos disciplinas jurídicas también influye en la orientación y la denominación de las cátedras de derecho público en nuestras universidades. Desde una perspectiva histórica, el texto analiza la relación existente entre campo del derecho administrativo y el constitucional.

**Palabras clave:** derecho administrativo, derecho constitucional.

### Abstract

The title of this article is an expression well known in Germany. Since the inception of the Federal Republic of Germany in the 50s of the twentieth century, describes the connection of administrative law with constitutional law. Today constitutional law enters the work of the administration and jurisdiction of administrative litigation, and the connection between the two legal disciplines also influences the orientation and designation of Public Law chairs in our universities. From a historical perspective the book explores the relationship between field of administrative law and constitutional

**Keywords:** administrative law, constitutional law.

\* Texto de Investigación de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Konstanz, Alemania.

\*\* Profesor y ex-decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz. Docente de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás. Página web: <http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/ibler>. Correo electrónico [martin.ibler@uni-konstanz.de](mailto:martin.ibler@uni-konstanz.de). El autor agradece a Fabián Martínez Guerrero, LL.M. (Universidad de Konstanz) y al decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Prof. Álvaro Echeverri Uruburu por sus valiosas revisiones estilísticas finales.

## Clasificación histórica

### El nacimiento del derecho administrativo alemán moderno a través del establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (a partir de 1863)

Una característica del derecho administrativo moderno es que no es sólo un derecho para la administración, sino también para el ciudadano administrado. En Alemania, el derecho administrativo jurídico-estatal nace con el establecimiento de tribunales contencioso-administrativos. Los primeros se crearon en 1863, en el pequeño estado de Baden; en el estado federado alemán más grande, Prusia, se crearon tribunales contencioso-administrativos en 1871, y en 1875 se creó un Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo.

Antes, en la primera parte del siglo XIX, las decisiones administrativas eran controladas solamente por la autoridad superior. Sin embargo, consideraciones de política jurídica hicieron que se pasara a reclamar un control de la administración por jueces independientes. Para conseguir este fin, el parágrafo 182 párr. 1 de la Constitución alemana, aprobada en la Iglesia de San Pablo de Francfort del Meno en 1849<sup>1</sup> dispuso el final del control de las decisiones sólo por la administración, imponiendo la existencia de un control judicial para cualquier violación del derecho por parte de la administración. No obstante, esta constitución no entró en vigor; al inicio de 1863, la exigencia de un control de la administración por jueces independientes se impuso en la discu-

sión político-jurídica de las décadas siguientes. Así, el debate pasó a centrarse en si la administración debía ser controlada por tribunales civiles y penales (Bähr, 1864, pp. 149-171) o por tribunales contencioso-administrativos de nueva creación (von Gneist, 1875, pp. 221 y 230-ss.). Esta segunda opción fue la que a la postre se impuso. La instauración de estos nuevos tribunales posibilitó nombrar como jueces a funcionarios que tenían mucha experiencia administrativa frente a jueces que carecían de experiencia administrativa práctica.

### Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en el Imperio Alemán (1871-1918)

El Imperio Alemán (*Deutsches Reich*), establecido en 1871, poseía una estructura federal. Sin embargo, en el *Reich* no era la Federación sino los veinticinco estados federados los que resultaban competentes en materia de jurisdicción contencioso-administrativa y también, en relación con la mayor parte de las materias específicas del derecho administrativo. Por eso, no era de esperar la creación de un derecho administrativo estandarizado imperial (del *Reich*), al contrario de lo que sí sucedía en el derecho civil y penal.

No obstante, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia en Berlín, gracias a sus bien fundamentadas sentencias, pronto pasó a servir de modelo para los tribunales contencioso-administrativos de otros estados alemanes. Su jurisprudencia elaboró, a lo largo de varias décadas, un amplio conjunto de principios y construcciones dogmáticas del derecho administrativo que encontraron en toda Alemania una utilización similar, pese a que la legislación de los diferentes estados alemanes difería de ello. Así, por ejemplo, en el

año 1882 el mismo Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia dictaminó que una autoridad, cuando interviene en la libertad o en la propiedad de un ciudadano, necesita una autorización legal especial (reserva de ley) (PrOVG, s.f., pp. 353 y ss.; Götz, 2001, núm. marg. 12). También sostuvo que si una ley le permite a la administración limitar o restringir la posición jurídica de una persona, dicha ley tiene que determinar precisamente las condiciones previas de la intervención –garantía constitucional de precisión o principio de certeza, *Bestimmtheitsgebot*–. Además, el Tribunal prohibió restricciones excesivas (innecesarias), frecuentemente denominado en la actualidad en Alemania “prohibición del exceso” (*Übermaßverbot*). Asimismo, dictaminó que el destinatario de un acto administrativo oneroso –esto es restrictivo o limitativo, por ejemplo, una orden de policía– siempre tiene legitimidad para interponer una demanda contra esa orden –la llamada teoría del destinatario– (Boldt, 2001, núm. marg. A49 y ss.).

La doctrina académica apoyó este “fomento de derecho” (*Rechtspflege*) por los tribunales contencioso-administrativos por medio del derecho comparado –en particular con el derecho administrativo francés: Otto Mayer– y descubrieron y elaboraron fértiles estructuras teóricas (así, por ejemplo, el propio Otto Mayer, Georg Jellinek y más tarde Ottmar Bühler y Walter Jellinek)<sup>2</sup>.

Por su parte, los parlamentos aprovecharon esta serie de importantes sentencias para establecer leyes más precisas, con el objeto de cumplir las exigencias de la reserva de ley y del principio de certeza –así, por ejemplo, las

leyes contra la alteración al paisaje y al aspecto urbano como reacción a las dos famosas sentencias sobre la colina Kreuzberg, situada en Berlín [PROVG, 1879-80, pp. 401 y ss., publicado en 1985, pp. 216 y ss., Kroeschell, 1993, p. 268]). Posteriormente (en 1931), fueron adoptados en la legislación algunos de los principios generales del derecho administrativo establecidos por los jueces de lo contencioso-administrativo, entre ellos, por ejemplo, las reglas sobre la responsabilidad del causante de un peligro en la Ley de la Administración Policial (reglas que hoy en día ya forman parte de las leyes de todos los estados federados).

Los mencionados principios generales del derecho administrativo –reserva de ley, principio de certeza, prohibición del exceso, teoría del destinatario– que hoy en día reconocemos como concreción del principio constitucional del Estado de derecho, derivaron del derecho administrativo, creado por los tribunales de lo contencioso-administrativo. El derecho administrativo parecía ser suficiente para la actividad de la administración y para sus relaciones con los administrados como súbditos. Así pues, en tiempos del Imperio Alemán (1871-1918), en rigor, no se puede afirmar una conexión entre derecho administrativo y derecho constitucional.

### Derecho constitucional y derecho administrativo en la República de Weimar (1919-1933)

A partir de 1919, la Constitución del Imperio Alemán (*Reichsgesetzblatt* [boletín oficial del Reich], 1919, pp. 1383 y ss.) –llamada Constitución de Weimar, por su lugar de elaboración– dispuso que: “En los términos que establezcan las leyes del Imperio y de los Estados Federados, se establecerán tribunales de lo contencioso-administrativo para proteger a

<sup>1</sup> En: *Reichs-Gesetz-Blatt* [Boletín Oficial del Reich] de 1849, pp. 101 y ss. Y el § 181 pto. 1º exigió que “La Jurisdicción y la Administración deben estar separadas y ser independientes la una de la otra”.

<sup>2</sup> No obstante, el papel del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia para la creación de un derecho administrativo moderno era más relevante que el de los científicos (Ibler, 1999, pp. 197 y s., 291 y s.).

las personas frente órdenes y actos administrativos singulares de las autoridades” (art. 107). Esta garantía de lo contencioso-administrativo en la Constitución de Weimar también aseguró la práctica y el cometido de los tribunales de lo contencioso-administrativo en el desarrollo adicional de las leyes y en la sistematización de las reglas generales del derecho administrativo —la llamada función de “fomento de derecho de los tribunales de lo contencioso-administrativo”.

Los parlamentos de los Estados Federados seguían siendo competentes para legislar en los ámbitos del derecho administrativo y de lo contencioso-administrativo. Pese al cambio constitucional de 1919 —de la monarquía a la primera República alemana— en el Imperio Alemán siguió vigente el antiguo derecho administrativo.

Si bien es verdad que la Constitución de Weimar contenía, por primera vez, un catálogo de derechos fundamentales del Reich, a diferencia de la situación jurídica actual, en aquel tiempo, dichos derechos no vinculaban inmediatamente a ninguno de los poderes estatales. Más bien, los derechos fundamentales sólo estaban previstos como prescripciones programáticas para el Legislador.

Por tanto, también al principio de la primera República alemana, el derecho constitucional y el derecho administrativo todavía parecían permanecer como materias estrictamente separadas. Otto Mayer resumió esta impresión en una frase célebre (que en alemán rima): “El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo queda” (“Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”). Con ello se quería subrayar que los funcionarios de la antigua monarquía seguían siendo funcionarios de la República y actuaban conforme al antiguo derecho administrativo, pese a la nueva Constitución de

Weimar. Pero, atendiendo a la evolución experimentada hasta ese momento, resultaba claro que tanto el derecho administrativo en Weimar, como el derecho administrativo en la monarquía anterior, era un derecho administrativo correspondiente al de un Estado de derecho.

### El Derecho administrativo en el así llamado “Imperio de mil años” (1933-1945)

Pese a que los nacionalsocialistas proclamaban su mantenimiento, no hubo Estado de derecho durante su dictadura. En la práctica, los nazis suspendieron la Constitución de Weimar (Ibler, 1999, pp. 308 y ss.; Volkman, 1985, pp. 1017 y ss.). Además, exigieron a las autoridades y a los tribunales de lo contencioso-administrativo interpretar las leyes de otra manera a como se había hecho hasta entonces. Como los nacionalsocialistas no pudieron cambiar todas las leyes producidas en el Estado de derecho de la República de Weimar, se dispuso que las antiguas leyes, en particular, sus cláusulas generales, en el futuro debían ser interpretadas “en el sentido nacionalsocialista”. Sobre todo, esta tesis fue propagada por el “jurista principal” del Tercer Reich, el catedrático del derecho constitucional Carl Schmitt (1934, pp. 35 y ss. [40]). Para esto sirvió como modelo el programa del partido nacionalsocialista (NSDAP); dicho programa, por ejemplo, fijó el principio de jerarquía o liderazgo del Führer (*Führerprinzip*) y el eslogan “la utilidad común antes que el propio provecho” (“Gemeinnutz geht vor Eigennutz”).

A diferencia del Imperio Alemán y de la República de Weimar, ahora una autoridad, a través de la interpretación de la ley de policía “en el sentido nacionalsocialista”, podía:

- Prohibir combates de boxeo femeninos, porque tales combates públicos entre mujeres perturbarían el orden público, por ser incompatibles con el papel de la mujer en el nacionalsocialismo (PrOvG, t. 91, pp. 139 y ss.; Drews, 1936, p. 21).
- Intervenir para evitar un suicidio, porque tal acto podría quitar el sustento a una familia, que en consecuencia sería una carga para la comunidad del pueblo.
- Rechazar un permiso de obra nueva, *contra legem*, en caso de que ésta alterase “la relación de vecindad” (PrOvG, 1939, p. 1112; Brombach, 1939, t. 60, pp. 702-ss.).

Además, el control de la administración por parte de jueces independientes, parecía incompatible con el principio de jerarquía de los nacionalsocialistas. Por eso, paulatinamente, muchas competencias fueron sustraídas del ámbito de lo contencioso-administrativo. Así, en las nuevas leyes sólo se preveía un control ante la autoridad superior, en vez de un control de la administración por tribunales independientes.

Por otra parte, en los círculos académicos de las ciencias jurídicas, muchos constitucionalistas y administrativistas vinculados con el anterior Estado de derecho, en particular los de origen judío, perdieron sus cátedras. Eso dio lugar a una nueva generación de profesores nacionalsocialistas. Con ello dejaron de existir tanto un derecho constitucional como un derecho administrativo conformes a los principios del Estado de derecho.

### El Derecho Administrativo bajo la Ley Fundamental de Bonn de 1949

Después de las experiencias en la República de Weimar y, sobre todo, de la dictadura nacional-

socialista, la República Federal de Alemania necesitó dotarse de una Constitución<sup>3</sup>, inspirada especialmente en los principios del Estado de derecho, para asegurar la protección de los particulares (Benda, Maihofer, Vogel, Hese & Heyde, 2001). El antiguo súbdito del Imperio Alemán, cuya posición no pudo ser fortalecida en la efímera República de Weimar, y a quien degradaron los nacionalsocialistas a ser sólo una pieza del engranaje en el conjunto del Estado, debía pasar, de ahora en adelante, a ser ciudadano seguro de sí mismo y con derechos propios. Por eso, en virtud del principio de dignidad humana de nuestra Constitución (art. 1 párr. 1º LF) hablamos de una así llamada “imagen humana de la Ley Fundamental” (“Das Menschenbild des Grundgesetzes”). Esta idea implica que el Estado tiene que proteger a las personas de intervenciones estatales injustificadas, mejor y mucho más que en el pasado. Desde 1949 la Ley Fundamental pretende esta protección a través de numerosos mecanismos nuevos. Ellos limitan el poder estatal, lo cual determina o influye en el derecho administrativo.

En lo que sigue expondré tres mecanismos de protección que se engranan entre sí. Con ellos la Ley Fundamental influye de manera decisiva al derecho administrativo: primero, la vinculación directa de todos los poderes del Estado a todos los derechos fundamentales, materializada de manera contundente gracias a la posición clave del Tribunal Constitucional Federal, en segundo lugar, y finalmente, la garantía de la tutela jurisdiccional consagrada

<sup>3</sup> Su texto, en español, se puede consultar en <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html> (26/1/2005). Entre los comentarios más famosos véase por ejemplo: Mangoldt, Klein y Starck (2005); Maunz y Dürig (2005); Friauf y Höfling (2006); Dreier (2004-2006); Jarass y Pieroth (2006).

en la Constitución<sup>4</sup>. Por eso, desde hace casi 50 años describimos al “derecho administrativo como derecho constitucional concretizado”. Pese a su edad, esta conocida frase (del antiguo presidente del Tribunal Administrativo Federal Fritz Werner) continúa siendo de actualidad, tal como lo demuestra la polémica reciente sobre algunas conocidas afirmaciones, como la llamada “Preferencia de aplicación del Derecho inferior a la Constitución”, o la no menos discutida afirmación de la “falta de legitimidad para interponer una demanda directamente basada en la vulneración de un derecho fundamental” sin la concreción de un derecho subjetivo de origen legal. También es discutida y polémica la idea de la llamada “constitucionalización del derecho administrativo”. Para explicarlo de algún modo, el temor que existe a que se produzca un desvalor o una depreciación de las leyes administrativas por una interpretación directa de la Constitución y una generalizada aplicación de la técnica de la ponderación.<sup>5</sup>

### **La vinculación de todos los poderes del Estado a la Ley Fundamental, en especial a los derechos fundamentales y polémicas recientes al respecto**

#### *El carácter vinculante de los derechos fundamentales como normas jurídicas directamente aplicables*

Al contrario de la Constitución de Weimar de 1919, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de 1949 ya no son meras prescripciones programáticas. Más bien, el art. 1 párr. 3 LF determina explícitamente que estos derechos vinculan a la legislación, a la jurisdicción y a la administración como normas jurídicas directamente aplicables. Hoy en día, rige la jerarquía normativa evidente entre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental con respecto a las leyes y las demás manifestaciones del actuar estatal. La Ley Fundamental tiene rango superior y constituye la medida para la ley y para todas las demás acciones estatales. Las leyes sólo están en vigor si son conformes con la Ley Fundamental. Las actuaciones administrativas y de la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, que estén en contradicción con los derechos fundamentales son contrarias a derecho, pues todo el derecho administrativo tiene que ser conforme a éstos.

#### *La preferencia de aplicación de derecho inferior a la Constitución pese a la supremacía de la Constitución*

Ahora bien, sin perjuicio de la superioridad jerárquica de los derechos fundamentales y de la Constitución entera con respecto al derecho administrativo, hoy en día también se afirma *la preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución)*, lo cual también compren-

de la preferencia de aplicación del derecho administrativo antes que la aplicación de la Constitución.

Esta preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución) significa que los funcionarios y los jueces de lo contencioso-administrativo, para tomar sus decisiones, deben consultar, en primer lugar, las leyes ordinarias de los parlamentos y los decretos-leyes y reglamentos del ejecutivo, en vez de buscar inmediata y exclusivamente soluciones únicamente en la Constitución<sup>6</sup>. Esto se fundamenta en que el derecho ordinario, si es constitucional, por regla general nos muestra más precisa y más rápidamente que la Constitución, las exigencias que una decisión tiende a satisfacer en una materia o disciplina jurídica especial, por ejemplo, en el derecho urbanístico, en el derecho de protección del medio ambiente, en el derecho de la tecnología genética, en el derecho municipal o en el derecho de policía.

Por lo general, los rasgos de las simples leyes expresan más precisamente el contenido de un derecho o de un deber de lo que hace la propia Constitución. Es decir, las normas constitucionales normalmente exigen más interpretación y el análisis, y el procedimiento de prueba conduce al planteamiento de difíciles cuestiones de limitación y de ponderación. A menudo, es más fácil constatar que se tiene que autorizar un proyecto de construcción por ser conforme a las leyes urbanísticas, en vez de tener que examinar si la denegación de una licencia urbanística infringe el derecho a la propiedad pri-

vada, que tiene rango de derecho fundamental en la Ley Fundamental (LF, art. 14, párr. 1).

Cuando se decide sobre una licencia urbanística la Constitución solamente será importante para la cuestión de si una denegación, al parecer justificada en las leyes en materia de edificación, es o no conforme con la libertad de edificación como parte del derecho fundamental a la propiedad privada. Por ello se afirma que El derecho constitucional *entretiene* el derecho administrativo (“como una colcha que está entretrejida con hilos de oro”) (Baring, 1960, pp. 93-ss. [98]), pero no lo sustituye<sup>7</sup>. Y es que para tomar una decisión administrativa sólo es necesario referirse a la Constitución para verificar la vigencia, la constitucionalidad del derecho ordinario en caso de que las leyes ordinarias, excepcionalmente, resulten incompletas o insuficientes. Como regla general, sólo si falta una ley ordinaria o es incompleta, la administración y los tribunales de lo contencioso-administrativo están obligados recurrir a la Constitución o bien a aplicar la norma constitucional directamente (por ejemplo, LF, art. 3, párr. 1 –derecho fundamental a la igualdad) o derivar de principios constitucionales algunas deducciones concretas (por ejemplo del principio del Estado de Derecho derivar el de la audiencia en el procedimiento administrativo) (Maurer, 2004, § 10 núm. marg. 15: “sólo en caso de duda” y § 4 núm. marg. 50).

Así pues, en virtud de la “preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución)”

<sup>4</sup> Otros mecanismos de protección establecidos por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn del 1949 son por ejemplo: al lado de la división horizontal de los poderes públicos (Legislación, Administración, Jurisdicción) y la división vertical de los poderes públicos (Estado Federal y Estados Federados), la Ley Fundamental ha establecido una *división diagonal de los poderes públicos*: Las leyes del Estado Federado, por lo general, no son ejecutadas por la Federación, sino por los Estados Federados (art. 83 LF). Además, el art. 79, párr. 3 LF establece la así llamada *garantía de perpetuidad* que prohíbe derogar el principio del Estado Federado, derogar el principio del Estado social de derecho o derogar la protección de la dignidad humana.

<sup>5</sup> Otra cuestión actual: ¿hasta qué punto el Legislador, en la materia de derecho administrativo, puede dictar leyes según las cuales los tribunales no reclamen ciertos defectos de procedimiento administrativo, ciertos defectos de forma, ni ciertos defectos en el ejercicio del poder discrecional o ciertos defectos en el ejercicio del poder administrativo de estimación? (Steiner, 2002, pp. 113 y ss. [116a.]).

<sup>6</sup> Rainer Wahl (1984, pp. 401 y ss. [408]) habla de una “máxima”, en el sentido de “es exigido de manera político-jurídica”; Horst Dreier (2003, pp. 105 y ss. [106]) dice que el juez “al principio es obligado” aplicar las leyes ordinarias. – La “Preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución)” no sólo se diferencia de la primacía del derecho superior, sino también de la preferencia de aplicación del Derecho Europeo. La “Preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución)” no es una regla de colisión de normas.

<sup>7</sup> Incluso, los principios generales del derecho administrativo que hoy se apoyan en el principio constitucional del Estado de derecho, podrían ser fundamentados sin recurrir al derecho constitucional. Así el requisito de tipicidad de los actos administrativos (ver, por ejemplo, § 31 Párr. 1 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo: “Un acto administrativo tiene que ser suficientemente determinado en cuanto a su contenido”) se puede derivar de la función del acto administrativo de concretizar normas generales en casos particulares (Maurer, 2004, § 10 núm. marg. 18).

en general, no es necesario para las autoridades y los tribunales contencioso-administrativos recurrir a la Constitución, si bien no se les prohíbe hacerlo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no considero acertada la reciente opinión de algunos profesores alemanes, que también parecen manifestarse en algunas sentencias recientes del Tribunal Administrativo Federal (BVerwGE, t. 89, p. 69 [78] y BVerwGE, t. 84, p.322[334]). Se trata de la negación de la legitimidad para interponer una demanda ante lo contencioso-administrativo a causa de una infracción al derecho fundamental, si no se vincula con una infracción de un derecho público subjetivo ordinario, esto es, el que promulga el Estado no mediante la Constitución, sino mediante sus restantes instrumentos legislativos<sup>8</sup>. Esta opinión, errónea a mi juicio, ignora que los derechos fundamentales hoy son derechos directamente aplicables y derechos subjetivos por excelencia (Ibler, 2002, art. 19 IV, núm. marg, 123). El derecho administrativo concreta el derecho constitucional, pero, no lo sustituye.

<sup>8</sup> Por el contrario la "preferencia de aplicación del derecho inferior (a la Constitución)" precisamente no vale para el Tribunal Constitucional Federal, cuya sola herramienta es el derecho constitucional. No es una así llamada instancia de superevisión del derecho ordinario. Si bien, hoy en día muchos de los principios del derecho administrativo son reconocidos como parte del principio del Estado de derecho y de los derechos fundamentales, la jurisdicción del Tribunal Constitucional también les arrastra.

<sup>9</sup> El debate sobre la relación entre derecho constitucional y derecho administrativo se agrava por la discusión de si es posible en el derecho urbanístico una protección de simple vigilancia aplicando directamente el art. 14 párr. 1 LF (derecho fundamental de la propiedad privada) para edificios no licenciados en caso de que a un propietario solamente le haya faltado solicitar licencia de construcción o si el legislador en el código de derecho urbanístico ha regulado la protección de vigilancia en último lugar (Ibler, 2006, pp. 35 y ss.).

### El papel del Tribunal Constitucional Federal alemán con respecto a la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

La tesis aquí expuesta de la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo se puede confirmar a la luz de la actividad del propio Tribunal Constitucional Federal alemán, no ya de un tribunal ordinario o de la Administración. El Alto Tribunal sólo aplica la Constitución, de manera más precisa, el Tribunal Constitucional Federal no aplica el derecho ordinario, por el contrario, aplica la Ley Fundamental. Por tanto, este tribunal no es una "instancia de supercasación" (BVerwGE, t. 40, p. 352 [356]), sino que sólo controla la constitucionalidad de la interpretación y la subsunción de las leyes ordinarias que hayan efectuado la administración y los tribunales. Así, el Tribunal Constitucional no controla si dicha interpretación y subsunción son antijurídicas, sino si se comete la llamada "específica violación del derecho constitucional" (BVerfGE, t. 87, pp. 48 y ss. [63]). De este modo, el Tribunal Constitucional alemán confía el control de la administración y la protección de los derechos ordinarios de las personas a los "tribunales especializados" (BVerfGE, t. 89, pp. 381 y ss. [396]). Estos "tribunales especializados" son, en la terminología propia del Tribunal Constitucional alemán, los tribunales de lo contencioso-administrativo y los tribunales civiles, penales, de seguridad social, de hacienda etc. En palabras del propio tribunal:

En general, puede decirse que los procesos de subsunción normales en el ámbito del derecho ordinario quedan exentos de la revisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional, siempre que no se les pueda considerar errores de interpretación basados, sobre todo, en la incorrecta contemplación de la trascendencia del derecho

fundamental, en especial, del alcance de su ámbito de protección y de su sentido material, que resulten determinantes para el caso concreto (BVerfGE, t. 18, pp. 85 y ss. [93]).

De esta manera, concentrando su energía en la "específica violación del derecho constitucional" el Tribunal Constitucional alemán —aun admitiendo las dificultades de diferenciación— nos muestra una cierta independencia del derecho administrativo del derecho constitucional que complementa la regla para los funcionarios y jueces de los tribunales ordinarios ("tribunales especializados") de la "preferencia de aplicación del derecho inferior".

No obstante lo anterior, hay que admitir que el Tribunal Constitucional alemán determina lo que es una "específica violación del derecho constitucional". Y ello es importante por la gran relevancia de este Tribunal; él mismo se califica, además, como órgano constitucional (BVerfGE, t. 104, pp. 151 y ss. [196]) y ha logrado gran relevancia por su competencia con respecto a los recursos de amparo. Ante el Tribunal Constitucional alemán, se puede luchar contra la violación de cada uno de los derechos fundamentales por medio del recurso de amparo. En el transcurso del tiempo, el Tribunal Constitucional ha interpretado los derechos fundamentales de forma tan expansiva que prácticamente toda actuación estatal en el campo del derecho administrativo puede rozar el ámbito de protección de un derecho fundamental. Por ejemplo, se considera afectado el derecho fundamental a la libertad general de acción del art. 2, párr. 1 LF<sup>10</sup> y, por ello se admite un recurso de amparo si una ley prohíbe al ciudadano cabalgar en el bosque

<sup>10</sup> Artículo 2 [Libertad de acción, libertad de la persona]: "(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

(BVerfGE, t. 80, p. 137 y ss.), o si una administración municipal prohíbe dar comida a las palomas en los parques, aunque los tribunales lo hayan considerado legítimo (BVerfGE, t. 54, p. 143 y ss.).

Además, el Tribunal Constitucional alemán ha considerado como intervención en un derecho fundamental casi toda acción estatal que afecta de una u otra forma a la persona, y por eso puede controlarla. En esta dirección, se puede intervenir en un derecho fundamental no sólo mediante mandatos y prohibiciones. Incluso, si una autoridad advierte al público de que un vino está intoxicado, esta advertencia puede ser una intervención en los derechos fundamentales de la libertad profesional y de la propiedad privada de la empresa vinícola afectada (BVerfGE, t. 105, pp. 252 y ss. [273]).

Ahora bien, sin perjuicio de lo afirmado, claro está que prohibiciones como no cabalgar en el bosque o no dar comida a las palomas, pese a afectar el derecho fundamental a la libertad general de acción del art. 2, párr. 1 LF no son automáticamente inconstitucionales, tampoco lo es la advertencia de toxicidad en el vino. Estas intervenciones pueden ser justificadas por la Constitución para la protección del medio ambiente o de quienes beben vino, lo que realmente importa es que el Tribunal Constitucional controla todas esas acciones estatales bajo la medida del derecho constitucional de los derechos fundamentales y establece qué requisitos tienen que satisfacer las leyes del derecho administrativo, los actos administrativos y las demás acciones estatales para ser admisibles constitucionalmente. De esta manera, en la práctica, las actuaciones del Estado en el derecho administrativo están sujetas a un deber de motivación adicional —se tiene que encontrar

una justificación constitucional—, a fin de proteger más estrictamente a las personas.

A su vez, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que los principios tradicionales del derecho administrativo son principios constitucionales. Por ejemplo, la “prohibición del exceso”, desarrollada por el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941), hoy está perfeccionada por el Tribunal Constitucional como principio de proporcionalidad y está reconocida como parte del principio del Estado de derecho y de los derechos fundamentales, por ejemplo, en la llamada “teoría de tres escalones” (*Dreistufentheorie*) expuesta en la “sentencia de las farmacias” sobre el art. 12, párr. 1 LF (BVerfGE, t. 7, pp. 377 y ss.). Además, el Tribunal Constitucional siempre exige (y controla) la “interpretación de las leyes conforme a la Constitución” (BVerfGE, t. 2, p. 266 y ss. [282]), a no ser que el Legislador haya establecido un texto legal que prohíba dicha interpretación (en cuyo caso la ley es inconstitucional) (BVerfGE, t. 101, pp. 106 y ss. [131]).

Algunos en la literatura jurídica alemana critican este desarrollo porque lleva a una “constitucionalización” del derecho administrativo. Desde mi punto de vista, esta polémica de política jurídica es inadecuada y es que la “constitucionalización” del derecho administrativo en la práctica es apaciguada por la mencionada “preferencia de aplicación del derecho inferior a la Constitución”, es decir, por la preferencia de aplicación del derecho administrativo con respecto al derecho constitucional. Tampoco la “constitucionalización” cubre ya totalmente el campo del derecho administrativo (Walhl, 1984, pp. 401 y ss. [409]). Por ejemplo, pese a la así llamada protección de los derechos fundamentales a través del procedimiento

(administrativo) (BVerfGE, t. 53, pp. 30 y ss. [65]) no todo defecto de procedimiento automáticamente vulnera un derecho fundamental. En general, el principio de celeridad en el procedimiento administrativo<sup>11</sup> tampoco tiene rango constitucional (Steiner, 2002, pp. 113 y ss. [114]). Además, aunque en Alemania se conocen derechos sociales (por ejemplo: parágrafos 2 y ss. Libro Primero del Código Social – SGB I), no se reconocen derechos sociales fundamentales (Steiner, 2002, pp. 113 y ss. [115]). El derecho administrativo sólo está entretejido por el derecho constitucional en el sentido de “entretejer” que se explicó anteriormente. Ante todo, este *tejido* modera el poder estatal para proteger a las personas. Es precisamente lo que quiere la Ley Fundamental (LF, art. 1, párr. 3, que vincula todos los poderes del Estado a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 2 a 19 LF).

### La importancia de la garantía constitucional de la vía judicial para la relación entre derecho constitucional y derecho administrativo

El artículo 19 párr. 4º LF<sup>12</sup> (su texto se corresponde con los artículos 89 y 229 de la Constitución Política Colombiana y al art. 24. 1º de la Constitución Española) contiene la garantía de tutela jurisdiccional. Ésta también fortalece la importancia del derecho constitucional para el derecho administrativo. Como derecho fundamental subjetivo, obliga a los tribunales contencioso-administrativos (de abajo a arriba) a

proteger de manera efectiva tanto los derechos fundamentales como los muchos derechos subjetivos de simple origen legal y de derecho inferior frente al Estado. Como garantía institucional, el art. 19 párr. 4 LF obliga al Legislador a establecer y mantener una jurisdicción de lo contencioso-administrativo y un derecho contencioso-administrativo (Ibler, 2002, núm. marg. 19 y ss).

Además, soy partidario de la corriente doctrinal que considera que el artículo 19 párr. 4 LF, obliga al Legislador y a la Administración, cuando dictan decretos y reglamentos, a reconocer y mantener más derechos subjetivos (Ibler, 2002, núm. marg. 1, 140 y ss., Schulze-Fielitz, 2004, art. 19 IV, núm. marg. 63 y 68). En este punto, quiero insistir en la importancia de la existencia de un derecho subjetivo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, por su sistema de control jurisdiccional de la Administración sobre la base de la existencia de un derecho subjetivo (Ibler, 1999, pp. 167 y ss.), a diferencia, por ejemplo, de España. Aparte de lo anterior se deduce como cometido para el Legislador, la Administración y la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo siguiente:

- La obligación de evitar en la actuación normativa conceder márgenes de discrecionalidad a la administración cuando tiene que interpretar los conceptos jurídicos—incluso si son conceptos abiertos— y cuando tiene que subsumir y cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados.
- La obligación de reducir la discrecionalidad de la actividad administrativa discrecional y de los márgenes de ponderación, es decir, seguir la dogmática que impulsa a disminuir el campo de actuación discrecional. Ello se logra a través de las teorías que

imponen el seguimiento de un “test” sobre unos parámetros relativamente consolidados por la doctrina y jurisprudencia para considerar o no un eventual error o falta en la actividad administrativa discrecional o de la actividad de ponderación. Se habla de la “teoría de las faltas o defectos de la discrecionalidad” (Alexy, 1987, pp. 701 y ss.) y del “mandato de justa ponderación” que incluye una “teoría de las faltas o defectos de la ponderación” (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, s.f., t. 34, pp. 301 y ss., Ibler, p. 133 y ss.).

- La obligación de aceptar la doctrina del Tribunal Constitucional Federal que quiere fortalecer la protección de los derechos fundamentales a través de un procedimiento administrativo adecuado (BVerfGE, t. 53, pp. 30 y ss. [65]). De este modo, más allá de la sola dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la conformación inadecuada de un procedimiento administrativo puede ser lesiva de un derecho fundamental subjetivo.

Debido al art. 19, párr. 4 LF, cada reducción de la protección jurídica del ciudadano frente al poder público—por ejemplo, la supresión de la vía de instancias judiciales, el acortamiento del plazo de interposición de la demanda, la derogación de un derecho subjetivo— tiene que ser justificada constitucionalmente. No obstante, la capacidad funcional de la administración jurídico-estatal—protegida con rango constitucional como parte del principio del Estado de derecho en el art. 20 párr. 2,3 LF—<sup>13</sup> puede ser causa importante de la exclusión de la antijuri-

<sup>11</sup> Por ejemplo, 10 Párr. 2 VwVfG – Ley de procedimiento administrativo, § 9 SGB X – Código Social Tomo Diez.

<sup>12</sup> “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiera otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase”.

<sup>13</sup> (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho.

dicidad de restricciones al art. 19 Párr. 4 LF (BVerGE, t. 61, pp. 82 y ss. [116]).

### Reflexión final. La relación entre (los profesores de) la teoría del derecho político y (los profesores de) la teoría del derecho administrativo

La fuerte relación entre derecho constitucional y derecho administrativo en Alemania, también se refleja en las personas que enseñan e investigan en ambas disciplinas. De ello es clara muestra la Asociación de los Profesores Alemanes del Derecho del Estado (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer –VDSStRL*)<sup>14</sup> y el sistema de las provisiones de cátedras en las universidades.

La Asociación de los Profesores Alemanes del Derecho del Estado fue fundada en 1922 y está compuesta por juristas alemanes, austríacos y suizos del derecho público habilitados para acceder a una cátedra por medio de una así llamada *Habilitation*. Para ello se requiere la realización de un segundo libro científico, también llamado “segunda tesis”<sup>15</sup>, y un coloquio científico, ambos aprobados por una facultad de derecho de una universidad. Sólo puede ingresar en la asociación quien haya alcanzado por esta *Habilitación* la *venia legendi* en derecho del Estado –es decir, derecho constitucional– y en una especialidad del derecho público, por ejemplo, derecho administrativo, derecho europeo o derecho internacional público. Hoy en día somos aproximadamente 600 catedráticos, profesores titulares y los llamados “docen-

tes privados” –*Privatdozenten*, que se han habilitado pero no tienen puesto como funcionarios permanentes– y finalmente, los *emeriti*.

La asociación realiza anualmente –con la única excepción de los años 1933 a 1948– un congreso sobre dos temas importantes y actuales del derecho público. Por regla general, uno procede del derecho constitucional, el otro del derecho administrativo. Por ejemplo, el congreso de octubre de 2005 se dedicó a la libertad científica en el Estado constitucional (tema más propio del derecho constitucional) y de la situación actual de la Universidad (tema más propio del derecho administrativo).

En cuanto al sistema de provisión de cátedras, cabe señalar que por tradición en las universidades alemanas, las cátedras del derecho público, en general, sólo son concedidas a miembros de dicha asociación. Los catedráticos y los profesores titulares del derecho público dan clases en varias materias –por ejemplo organización del Estado, derechos fundamentales, derecho administrativo, general–, variando entre ellas cada semestre. Además, dan clases en otras materias del derecho público, dependiendo de la denominación precisa de la cátedra. Por otra parte, en cuanto a la investigación, los profesores investigan sobre los temas de sus preferencias.

### Referencias

Alexy, R. (1985). *Revista Juristenzeitung*.

Bähr, O. (1864). *Der Rechtsstaat*.

Baring, M. (1960). *Revista Jahrbuch des öffentlichen Rechts Neue Folge*, 9, 93.

Benda, Maihofer, Vogel, Hesse & Heyde (ed.). (2001). *Manual de Derecho Constitucional* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Brombach (1939). *Reichsverwaltungsblatt*, 60, 702.

Dreier (ed.) (2004-2006). *Grundgesetz, Kommentar* (3 tomos, 2 ed).

Dreier, H. (2003). *Revista Die Verwaltung*.

Drews, B. (1936). *Preußisches Polizeirecht* (5ª ed.).

Friauf & Höfling (ed.) (2002). *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, art. 19 IV.

Gneist, R.V. (1875). *Revista Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages 1875* (t. 3).

Götz, V. (2001). *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht* (13ª ed.).

Ibler, M. (1999). *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*.

Ibler, M., *Öffentliches Baurecht* (2006)

Jarass & Piroth (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, 8ª ed (2006)

Jeserich, Pohl & Unruh (ed.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tomo IV, parte 2 (1985).

Kroeschell, K., en la revista: *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg* 1993, pág. 268.

Lisken & Denninger (ed.), *Handbuch des Polizeirechts*, 3ª ed. (2001)

Maunz & Dürig (ed.) (2009). *Grundgesetz, Kommentar*.

Maurer, H. (2004). *Allgemeines Verwaltungsrecht* (15ª ed.).

Schmitt, C. (1934). *Revista Deutsche Verwaltung*.

Stolleis (ed.) (2006). *Das Bonner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*. Berlin.

Steiner, U. (2002). *Revista Neue Zeitschrift für Sozialrecht*.

Mangoldt, Klein & Starck (ed.). (2005). *Kommentar zum Grundgesetz* (5ª ed.).

Wahl, R. (1984). *Revista Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*.

Werner, F. (1959). *Revista Deutsches Verwaltungsblatt*.

<sup>14</sup> Página web: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr4/staatsrechtslehrer>

<sup>15</sup> La tesis doctoral viene a requerir una dedicación aproximada entre dos y cuatro años (en relación con los cuatro años aproximados de las tesis jurídicas españolas). La “segunda tesis” viene a requerir unos seis años de dedicación exclusiva a ésta.

# RES PUBLICA N° 2

RESPUBLICA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 2	pp. 1 - 114	Ene. - dic.	2010	ISSN 2145-9185
------------	--------------------------	-------	-------------	-------------	------	-------------------