

## Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo en Alemania <sup>1</sup>

«Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado» <sup>2</sup> es una expresión muy conocida en Alemania, que desde los comienzos de la República Federal de Alemania en los años cincuenta del siglo XX describe la conexión entre el Derecho administrativo y el Derecho constitucional. Hoy en día, el Derecho constitucional penetra tanto la actividad de la Administración como la jurisprudencia 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. Considero de particular interés este trabajo para el lector español, en tanto en cuanto a los profesores alemanes de Derecho público sigue sorprendiéndonos que estas disciplinas continúen tan separadas académica y universitariamente en España, a pesar de que la Constitución Española dentro de poco cumplirá treinta años.

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye la versión revisada y aumentada de la ponencia presentada el 24 de enero de 2006 en un seminario conjunto de profesores de los Departamentos de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Valencia. Asimismo, es producto de la estancia de investigación realizada durante tres meses y medio en dicha Universidad, merced a una ayuda del programa propio de ayudas a la investigación de la Universidad de Valencia para profesores invitados, en su Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política.

Quiero expresar mi agradecimiento a dicho Departamento y, particularmente, al Prof. Dr. D. Lorenzo Cotino Hueso, quien propuso dicha estancia, a la vez de haber colaborado amistosamente en la revisión de esta publicación, y al Prof. Dr. Mariano García Pechuán por su valiosa revisión estilística final.

<sup>2</sup> Fritz Werner: «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt* (1959), p. 527; véase últimamente Christoph Schönberger: «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en Michael Stolleis (ed.): *Das Bonner Grundgesetz - Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969)*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2006, pp. 53 y ss.

## 1. ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO

### 1.1 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 al servicio de la Administración, sino también al del ciudadano administrado. En Alemania, el Derecho administrativo acorde con los parámetros del Estado de Derecho nace con el establecimiento de los tribunales contencioso-administrativos. Los primeros se crearon en 1863 en el pequeño Estado de Baden. En el Estado federado alemán más grande, Prusia, los primeros tribunales contencioso-administrativos no se crearon, sin embargo, hasta 1871, y en 1875 se creó un Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgericht*).

Antes, durante la primera mitad del siglo XIX, las decisiones administrativas eran controladas solamente por la autoridad superior. Sin embargo, consideraciones de política del Derecho hicieron que se pasase a reclamar un control de la Administración por jueces independientes. Para conseguir este fin, el parágrafo 182 de la Constitución alemana aprobada en la Iglesia de San Pablo de Francfort del Meno en 1849<sup>3</sup> ya había dispuesto el cese del control de las decisiones sólo por la Administración, imponiendo la existencia de un control jurisdiccional para cualquier violación del Derecho por parte de la Administración. Sin embargo, esta Constitución nunca entró en vigor. Partiendo del año 1863, y durante las décadas siguientes, la exigencia de un control de la Administración por jueces independientes se fue imponiendo progresivamente en el debate de política jurídica. Así, el debate pasó a centrarse en si la Administración debía ser controlada por tribunales civiles y penales<sup>4</sup> o por tribunales contencioso-administrativos de nueva creación.<sup>5</sup> Esta segunda opción fue la que a la postre se impuso en casi todos los Estados federados alemanes. La instauración de estos nuevos tribunales posibilitó nombrar como jueces a funcionarios de la Administración experimentados frente a jueces que carecían de experiencia administrativa práctica.

<sup>3</sup> En *Reichs-Gesetz-Blatt* [Boletín Oficial del Reich] de 1849, pp. 101 y ss. Y el § 181 pfo. 1.º exigió que «La Jurisdicción y la Administración deben estar separadas y ser independientes la una de la otra».

<sup>4</sup> Así, sobre todo, Otto Bähr, en *Der Rechtsstaat, Eine publizistische Skizze*. Verlag Scientia, Aalen, 1969 (reimpresión de la edición de 1864), pp. 149 y ss., 54, 57, y 71 y ss.

<sup>5</sup> Así, especialmente, Rudolf von Gneist, en *Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages*, Tomo 3, Commissions-Verlag, Berlin, 1875, pp. 221 y ss. (en pp. 230 y ss.).

### 1.2 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 quienes resultaban competentes en materia de jurisdicción contencioso-administrativa y, también, en relación con la mayor parte de las materias específicas del Derecho administrativo. Por ello mismo no era de esperar la emergencia de un Derecho administrativo uniforme imperial, al contrario de lo que sí sucedía con el Derecho civil y penal.

No obstante, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (*Preußisches Oberverwaltungsgericht*) en Berlín pronto pasó, gracias a sus bien fundamentadas sentencias, 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 iusadministrativas que encontraron en toda Alemania una similar utilización, pese a que la legislación de los diferentes Estados alemanes divergiera. Así, por ejemplo, en el año 1882 el mismo Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia estableció que la injerencia de la Administración en el ámbito de libertad o en la propiedad de un ciudadano presupone una base legal (reserva legal, *Vorbehalt des Gesetzes*).<sup>6</sup> También sentó jurisprudencia acerca de que si una ley permite a la Administración limitar o restringir la posición jurídica de un ciudadano, dicha ley tiene que determinar con precisión las premisas requisito de la injerencia (garantía constitucional de precisión o *Bestimmtheitsgebot*). Además el Tribunal proscribió el establecimiento de restricciones excesivas (innecesarias); frecuentemente denominado hoy en Alemania prohibición del exceso (*Übermaßverbot*); y asimismo declaró que el destinatario de un acto administrativo oneroso para el ciudadano (esto es, restrictivo: por ejemplo, una orden de policía) siempre tiene legitimidad para interponer una demanda (*Klagebefugnis*) contra dicha disposición (la así denominada teoría del destinatario o *Adressatentheorie*).<sup>7</sup>

La doctrina académica apoyó esta orientación de «fomento de Derecho» (*Rechtspflege*) practicada por los tribunales contencioso-administrativos mediante el recurso al Derecho comparado (en particular con respecto del Derecho administrativo francés: Otto Mayer), así como descubriendo y haciendo fructificar

<sup>6</sup> ProVG (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia), en *Amtliche Entscheidungssammlung* (recopilación oficial de decisiones del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia), tomo IX, pp. 353 y ss. Véase Volkmar Götz: *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 13ª ed. Verlag Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 2001, núm. marg. 12.

<sup>7</sup> Para la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia para una Administración acorde a los parámetros del Estado de derecho véase, p. e., Hans Boldt y Michael Stolleis en Hans Liskén y Erhard Denninger (eds.): *Handbuch des Polizeirechts*, 4ª ed., C. H. Beck Verlag, Múnich, 2007, núms. márgs. A 49 y ss.

fértiles estructuras teóricas (así, el propio Otto Mayer, Georg Jellinek y, más tarde, Walter Jellinek o Ottmar Bühler).<sup>8</sup>

Los Parlamentos, por su parte, aprovecharon la estela de relevantes decisiones jurisprudenciales del orden de lo contencioso-administrativo para establecer leyes más precisas al objeto de cumplir las exigencias de la reserva legal y de la garantía constitucional de precisión (así, por ejemplo, las leyes contra la alteración del paisaje y de la imagen urbana como reacción a las dos famosas sentencias sobre la colina Kreuzberg<sup>9</sup>, situada en Berlín). Muy posteriormente, en 1931, algunos de los principios generales del Derecho administrativo establecidos por los jueces de lo contencioso-administrativo fueron promovidos a la condición de disposiciones de naturaleza legislativa, como –a título de ejemplo– fue el caso de las reglas sobre la responsabilidad del causante de un peligro en la Ley de la Administración Policial (reglas que hoy ya forman parte de las leyes de todos los Estados federados, muy semejantes al efecto).

Los mencionados principios generales del Derecho administrativo (reserva legal, principio de certeza, prohibición del exceso y la teoría del destinatario) que hoy en día reconocemos como concreciones 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 sus relaciones con los administrados como súbditos. Así pues, y para la época del Imperio Alemán (1871-1918), en rigor no se puede constatar aún una estrecha conexión entre Derecho administrativo y Derecho constitucional.

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

A partir de 1919 la Constitución de Weimar<sup>10</sup> dispuso que: «en los términos que dispongan las leyes en el Reich y en los Länder se establecerán tribunales de lo contencioso-administrativo para proteger al individuo frente a órdenes y actos administrativos singulares de los autoridades de la Administración» (art. 107). Esta garantía de lo contencioso-administrativo en la Constitución de Weimar también aseguró la práctica y el cometido de los

<sup>8</sup> No obstante, el papel del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia para la creación de un Derecho administrativo moderno fue más relevante que el de los académicos. Véase Martín Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 197 y ss., en p. 291 y ss.

<sup>9</sup> Del PrOVG (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia), en la revista *Preußisches Verwaltungsblatt* (1879/80), pp. 401 y ss., de nuevo reproducido en la revista *Deutsches Verwaltungsblatt* (1985), pp. 216 y ss.; véase también Karl Kroeschell, en la revista *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg* (1993), pág. 268.

<sup>10</sup> Constitución del Imperio Alemán: *Verfassung des Deutschen Reiches*, en: *Reichsgesetzblatt* (Boletín Oficial del Reich) de 1919, págs. 1383 y ss.

tribunales de lo contencioso-administrativo de desarrollar y de sistematizar principios generales del Derecho administrativo complementando así a la ley (la así denominada «función de fomento de Derecho» de los tribunales de lo contencioso-administrativo, o «*Rechtspflegefunktion der Verwaltungsgerichte*»).

Los parlamentos de los Länder siguieron siendo competentes para la legislación en los ámbitos del Derecho administrativo y de lo contencioso-administrativo. Pese al cambio constitucional del año 1919 –de la Monarquía a la primera República alemana– en el Reich siguió, pues, vigente el antiguo Derecho administrativo.

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

Por lo tanto, también en los comienzos de la primera República alemana, el Derecho constitucional y el Derecho administrativo parecían permanecer como materias todavía nítidamente separadas. Otto Mayer resumió esta impresión en su célebre frase –que en alemán rima–: «el Derecho constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece» («*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*»). Con ello se quería subrayar que los funcionarios de la antigua monarquía seguían siendo funcionarios en la República y que continuaban actuando conforme al antiguo Derecho administrativo pese a la nueva Constitución de Weimar. Pero atendiendo a la evolución experimentada hasta ese momento resultaba claro que el Derecho administrativo tanto en Weimar como en la anterior monarquía era un Derecho administrativo correspondiente al de un Estado de Derecho.

### 1.4 El Derecho administrativo en el así llamado «Imperio de los mil años» (1933-1945)

Pese a que los nacionalsocialistas pretendían proclamar su mantenimiento, no hubo Estado de Derecho durante la dictadura. Los nazis en la práctica suspendieron la Constitución de Weimar.<sup>11</sup> Además exigieron de las autoridades administrativas y de los tribunales de lo contencioso-administrativo interpretar el resto de las leyes de otra manera desde entonces. Como los nacionalsocialistas no pudieron de hoy para mañana cambiar todas las leyes producidas en el Estado de Derecho de la República de Weimar, se dispuso que para el futuro las antiguas leyes, en particular sus cláusulas generales, debían ser interpretadas «en el sentido

<sup>11</sup> Sobre el desarrollo del Derecho administrativo durante la dictadura nacionalsocialista véase Martín Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz...*, cit., pp. 308 y ss.; Volkmar Götz en Kart G. A. Jeserich, Hans Pohl y Georg-Christoph v. Unruh (eds.): *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, tomo IV; parte 2, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1985, pp. 1017 y ss.

nacionalsocialista». Particularmente propagó esto mismo, como es conocido, el «*Kronjurist* del Tercer Reich», Carl Schmitt.<sup>12</sup> Como modelo para ese objeto sirvió el programa del partido nacionalsocialista (NSDAP); programa, por ejemplo, en el que se fijaba el principio de jerarquía o liderazgo del *Führer* («*Führerprinzip*») y el eslogan «la utilidad común se antepone al propio provecho» («*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*»).

Al contrario que en el Imperio y en 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.<sup>13</sup>
- Intervenir para evitar un suicidio, porque un suicidio podría privarle a una familia de la fuente de su sustento, de modo que dicha familia se convertiría así en una carga para la comunidad nacional.<sup>14</sup>
- Rechazar un permiso de obra nueva *contra legem* en caso de que el nuevo edificio alterase «la relación comunitaria de vecindad».<sup>15</sup>

Además, el control de la Administración por parte de jueces independientes aparecía ahora como del todo incompatible con el principio de jerarquía de los nacionalsocialistas. Por eso paulatinamente muchas competencias le fueron sustraídas al ámbito de lo contencioso-administrativo. Así, en las nuevas leyes pasó a preverse tan sólo un control ante la autoridad superior en vez del control de la Administración por tribunales independientes.

Por su parte, en los ámbitos académicos muchos constitucionalistas y administrativistas vinculados con el anterior Estado de Derecho, en particular los de origen judío, perdieron sus cátedras. Ello despejó el sitio para una nueva generación de profesores nacionalsocialistas. Con todo ello dejaron de existir, en suma, tanto un Derecho constitucional como un Derecho administrativo acordes con los parámetros del Estado de Derecho.

<sup>12</sup> Carl Schmitt: «Nationalismus und Rechtsstaat», en *Deutsche Verwaltung* (1934), pp. 35 y ss. (en p. 40).

<sup>13</sup> PrOVG (Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia), en *Amtliche Entscheidungssammlung* (Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia), tomo 91, pp. 139 y ss. (en p. 141); Bill Drews: *Preußisches Polizeirecht*, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 5. ed., 1936, p. 21.

<sup>14</sup> Compárese p. e. PrOVG (Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Prusia), en *Deutsches Recht* (1939), pág. 1.1 12, al respecto, profiriendo exclamaciones de júbilo nacionalsocialistas, Brombach en *Reichsverwaltungsblatt* tomo 60 (1939), pp. 702 y ss. (en pp. 703 y ss.).

<sup>15</sup> Sächs. OVG (Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Sajonia): en *Jahrbücher des SächsOVG* tomo 39 (1936), pp. 1 y ss.

## 2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949

Después de las experiencias en la República de Weimar y, sobre todo, bajo la dictadura nacionalsocialista, la República Federal de Alemania precisó dotarse, para la protección del individuo, de una Constitución<sup>16</sup> especialmente inspirada en los parámetros del Estado de Derecho.<sup>17</sup> El antiguo súbdito del Imperio Alemán, cuyo posición no pudo ser suficientemente fortalecida durante la efímera República de Weimar, y a quién los nacionalsocialistas degradaron a la condición de ser sólo una pieza del engranaje en el conjunto del Estado, debía pasar de ahora en adelante a ser reconocido como ciudadano consciente de su propia valía e investido de derechos propios. Por eso, y en virtud del principio de dignidad humana de la Constitución (art. 1.1 de la Ley Fundamental, en adelante LF) se habla de una así denominada «imagen del ser humano propia de la Ley Fundamental» («*Menschenbild des Grundgesetzes*»). Esta idea implica que el Estado tiene que proteger a las personas de injerencias estatales injustificadas mucho más y mejor que nunca anteriormente. Desde 1949 nuestra Constitución promueve activamente esta protección con numerosos mecanismos nuevos; mecanismos que limitan el poder estatal y, así, le proporcionan su particular impronta al Derecho administrativo.

En lo que sigue se va a centrar la atención en tres mecanismos de protección que se engranan entre sí y con los que la Ley Fundamental influye de manera decisiva sobre el Derecho administrativo: la vinculación directa de todos los poderes del Estado respecto de la totalidad de los derechos fundamentales (primero), contundentemente materializada gracias a la posición clave asumida por el Tribunal Constitucional (segundo) y por la garantía de tutela jurisdiccional efectiva reconocida en la Constitución (tercero).<sup>18</sup> Por ello mismo es que desde

<sup>16</sup> Su texto, en español, puede consultarse en <http://constitución.rediris.es/legis/legextr1/ConstitucionAlemana.html> (26.01.2005). Entre los comentarios más reputados véanse p. e. los de Hermann v. Mangoldt, Friedrich Klein y Christian Starck (eds.): «Das Bonner Grundgesetz», 3 tomos, 5ª ed., Verlag Vahlen, Múnich, 2005; Theodor Maunz y Günter Dürig (eds.): «Grundgesetz», 6 tomos en edición de hojas sueltas, entrega 48, Verlag C. H. Beck, Múnich, 2006; Kart Heinrich Friauf y Wolfram Höfling (eds.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2 tomos en edición de hojas sueltas, entrega 14, Verlag Erich Schmidt, Berlín 2006; Horst Dreier (ed.): «Grundgesetz», 3 tomos, Verlag Mohr Siebeck, Tübinga, 2ª ed., 2004 - 2006; Hans D. Jarass y Bodo Pieroth (eds.): «Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland» 8ª ed., Verlag C.H. Beck, Múnich, 2006.

<sup>17</sup> Sobre esto, en español, por todos, cabe remitirse aquí a Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Konrad Hesse y Wolfgang Heyde (eds.): *Manual de Derecho Constitucional*, (2ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 2001.

<sup>18</sup> Existen otros mecanismos de protección establecidos por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Así, junto con la división horizontal de los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y de la división vertical de los poderes públicos (Estado federal y Estados federados) la Ley Fundamental ha establecido una división *diagonal* de los poderes

hace casi cincuenta años describimos al «Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado». Pese a sus años esta conocida frase –debida al antiguo presidente del Tribunal Administrativo Federal Fritz Werner– continúa siendo de plena actualidad, tal y como lo demuestra la polémica que planea sobre algunas conocidas conceptualizaciones, como por ejemplo la así llamada «preferencia de aplicación del Derecho inferior a la Constitución» («*Anwendungsvorrang des einfachen Rechts*»), o la no menos discutida cuestión de la «falta de legitimidad para interponer una demanda contencioso-administrativa directamente fundada en la vulneración de un derecho fundamental», esto es, sin un concretizable derecho subjetivo de origen legal («*keine verwaltungsgerichtliche Klagebefugnis unmittelbar aus Grundrechten mehr?*»). También resulta discutida y ampliamente polémica la idea de la así conocida como «constitucionalización del Derecho administrativo» («*Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts?*»), cuyo cuestionamiento expresa, de algún modo, el temor existente a que se produzca un desvalor o una depreciación de las leyes administrativas tanto por el hecho de intentarse una fundamentación de las decisiones administrativas directamente en la Constitución como por una generalización de la técnica de la ponderación respecto de las mismas.<sup>19</sup>

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

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

Al contrario que en la Constitución de Weimar de 1919 los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de 1949 ya no son meras prescripciones programáticas. Antes al contrario, el Artículo 1.3 LF determina explícitamente que dichos derechos vinculan a los poderes legislativo, judicial y a la Administración como normas jurídicas directamente aplicables. Hoy en día rige una evidente jerarquía normativa de los derechos fundamentales proclamados en la Ley Fundamental respecto de las leyes y las demás manifestaciones del actuar estatal. La Ley Fundamental tiene rango superior y constituye la pauta para la ley y

públicos: las leyes de la Federación por lo general no son ejecutadas por la Federación, sino por los Estados federados (art. 83 LF). Además, el art. 79.3 LF establece la así llamada *garantía de perpetuidad* que prohíbe derogar el principio federal, el del Estado social de Derecho o la protección de la dignidad humana.

<sup>19</sup> Otra cuestión de actualidad es la de hasta qué punto el legislador en materia de Derecho administrativo puede emanar leyes según las cuales los tribunales no puedan fiscalizar ni ciertos defectos de procedimiento administrativo, ni ciertos defectos de forma, ni ciertos defectos en el ejercicio del poder discrecional o determinados defectos en el ejercicio de las facultades administrativas de ponderación. Véase p. e. Udo Steiner: «*Verwaltungsverfahren und Grundrechte*», en *Neue Zeitschrift für Sozialrecht* (2002), pp. 113 y ss. (en p. 116 y ss.).

para todas las demás actuaciones estatales. Sólo pueden considerarse jurídicamente válidas las leyes si éstas son conformes a la Ley Fundamental. Las actuaciones administrativas y las resoluciones del orden de lo contencioso-administrativo que estén en contradicción con los derechos fundamentales son contrarias a Derecho. En suma, todo el Derecho administrativo tiene que ser conforme a los derechos fundamentales.

### **2.1.2 La preferencia de aplicación del 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 respecto del Derecho administrativo, hoy día también se afirma la preferencia de aplicación del Derecho inferior (a la Constitución), lo cual comprende también la preferencia de aplicación del Derecho administrativo sobre la aplicación de la misma Constitución.

Esta preferencia de aplicación del Derecho inferior a la Constitución (o «*Anwendungsvorrang des einfachen Rechts*») significa que los funcionarios y los jueces de lo contencioso-administrativo respecto de sus decisiones deben, en primer lugar, recurrir a lo preceptuado en las leyes ordinarias de emanación parlamentaria, así como en los decretos y reglamentos del Ejecutivo en vez de buscar inmediata y exclusivamente soluciones en la propia Constitución.<sup>20</sup> Ello se fundamenta en que el Derecho ordinario, si es conforme a la Constitución, por regla general nos mostrará más precisamente y más rápidamente que la Constitución las exigencias a las que una decisión tiene que dar satisfacción en una especial materia o área jurídica –por ejemplo en el Derecho urbanístico, en el Derecho medioambiental, en el Derecho de la tecnología genética, en el Derecho municipal o, por último, en el Derecho de policía–. Ordinariamente los elementos típicos de las leyes expresan más precisamente el contenido de una pretensión o de un deber que lo hace la propia Constitución. Es decir, las normas constitucionales normalmente exigen más interpretación y su examen y procedimiento de prueba llevan a difíciles cuestiones de delimitación y de ponderación. Así, con frecuencia resulta más fácil constatar que se tiene que autorizar un proyecto de edificación porque esté en conformidad con las leyes urbanísticas, en vez de tener que examinar si la denegación de una licencia urbanística pudiera infringir la propiedad privada, que en la Ley Fundamental (art.

<sup>20</sup> Rainer Wahl: «*Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (1984), pp. 401 y ss. (en p. 408) habla de una «máxima», en el sentido de que «es exigido desde consideraciones de política del Derecho»; Horst Dreier: «*Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung*», en *Die Verwaltung* (2003), pp. 105 y ss. (en p. 106) dice que el juez «al principio es obligado» a aplicar las leyes ordinarias. – La «preferencia de aplicación del Derecho inferior (a la Constitución)» no solo 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.

14.1 LF) tiene rango de derecho fundamental. Cuando se decide sobre una licencia urbanística la Constitución solamente será importante para la cuestión de si una denegación aparentemente justificada por las leyes en materia urbanística es o no conforme con la libertad de edificación, que en Alemania es considerada como parte del derecho fundamental a la propiedad privada. Es por ello que se afirma al respecto que «El Derecho constitucional *entreteje* (*durchwebt*) el Derecho administrativo («como una colcha que está entretrejida con hilos de oro»),<sup>21</sup> pero no lo sustituye.<sup>22</sup> Y es que para adoptar una decisión administrativa sólo es necesario referirse a la Constitución para verificar la validez, la constitucionalidad del Derecho ordinario, y ello sólo y en la medida en que excepcionalmente dichas leyes ordinarias apareciesen como incompletas o insuficientes. Como regla general, sólo si falta una ley ordinaria, o si ésta aparece como incompleta, la Administración y los tribunales de lo contencioso-administrativo se verán compelidos a recurrir a la Constitución: bien aplicando la norma constitucional directamente (p. e. art. 3.1 LF: derecho fundamental de la igualdad) o bien derivando de principios constitucionales algunas deducciones concretas (así, por ejemplo, del principio del Estado de Derecho la audiencia en el procedimiento administrativo).<sup>23</sup>

Así pues, en virtud de la «preferencia de aplicación del Derecho inferior (a la Constitución)» *por regla general* no les es necesario ni a las autoridades administrativas ni a los tribunales de lo contencioso-administrativo<sup>24</sup> recurrir a la Constitución, si bien tampoco se les prohíbe hacerlo.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, considero no acertada la reciente opinión de algunos profesores alemanes, que también parece manifestarse en

<sup>21</sup> Impresión del antiguo magistrado del *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo) Martin Baring en «Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge* n° 9 (1960), pp. 93 y ss. (en p. 98).

<sup>22</sup> Incluso los principios generales del Derecho administrativo que hoy se incardinan en el principio constitucional del Estado de Derecho podrían ser fundados sin recurrir al Derecho constitucional. Así el requisito de tipicidad de los actos administrativos (véase p. e. § 31.1 de la Ley Federal de 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 las normas generales en el caso específico. Véase Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ª ed., Verlag C.H. Beck, Múnich, 16ª ed. 2006, § 10 núm. marg. 18.

<sup>23</sup> Compárese p. e. Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., § 10 núm. marg. 15: «sólo en caso de duda» y § 4 núm. marg. 50.

<sup>24</sup> Por el contrario la «preferencia de aplicación del Derecho inferior (a la Constitución)» precisamente no es válida para el Tribunal Constitucional Federal cuya sola herramienta es el Derecho constitucional. No es una así denominable «instancia de superrevisión» del Derecho ordinario. Puesto que, en cualquier caso, hoy 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 los abraza.

algunas sentencias asimismo recientes del Tribunal Administrativo Federal.<sup>25</sup> Se trata de la negación de la legitimidad para interponer una demanda ante lo contencioso-administrativo por causa de una vulneración de un derecho fundamental si no se vincula a una vulneración de un derecho público subjetivo ordinario, esto es, aquél que determina el Estado no mediante la Constitución misma sino mediante sus restantes instrumentos normativos.<sup>26</sup> Esta opinión, errónea a mi juicio, ignora que los derechos fundamentales hoy son derechos directamente aplicables y derechos públicos subjetivos *par excellence*.<sup>27</sup> El Derecho administrativo concreta el Derecho constitucional pero no lo sustituye.

## 2.2 El papel del Tribunal Constitucional Alemán respecto de 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 alemán, no ya pues sólo de la propia de los tribunales ordinarios o la Administración. El Alto Tribunal sólo aplica la Constitución y precisamente como tal Tribunal Constitucional federal no aplica el Derecho ordinario antes de aplicar la Ley Fundamental. Este tribunal no es una «instancia de supercasación» («*Superrevisionsinstanz*») <sup>28</sup> sino que sólo controla la constitucionalidad de la interpretación y de la subsunción de las leyes ordinarias operadas por las Administraciones y por los tribunales. Así, el Tribunal Constitucional no controla si dicha interpretación y subsunción son antijurídicas sino si aquéllos incurren en la así denominada «específica vulneración del Derecho constitucional» («*spezifische Verfassungsrechtsverletzung*»).<sup>29</sup> De este modo, el Tribunal Constitucional alemán confía el control de la Administración y la

<sup>25</sup> Véase p. e. *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal), en *Amtliche Entscheidungssammlung* [Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Administrativo Federal, en adelante *BVerwGE*], tomo 89, págs. 69 (78) y *BVerwGE* tomo 84, págs. 322 (334).

<sup>26</sup> El debate sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo se agudiza adicionalmente por la discusión sobre si es posible en Derecho urbanístico una «protección de la estabilidad» (*Bestandsschutz*) directamente sustentada en el art. 14. 1 LF (derecho fundamental de propiedad privada) para edificaciones no licenciadas en el caso de un propietario al que solamente le haya faltado solicitar licencia de construcción; o si más bien debe entenderse que el Legislador ha materializado, en el Código Urbanístico, de forma exhaustiva una regulación de dicha protección en el plano de la legalidad ordinaria. Compárese p. e. Martin Ibler: *Öffentliches Baurecht*, Verlag C.H. Beck, Múnich, 2006, pp. 35 y ss.

<sup>27</sup> Martin Ibler: «Art. 19 IV», en Karl-Heinrich Friauf y Wolfram Höfling (eds.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Verlag Erich Schmidt, Berlin, 2002, número marginal 123.

<sup>28</sup> Véase p. e. *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional Federal, en adelante: *BVerfG*], en *Amtliche Entscheidungssammlung* [Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Constitucional Federal, en adelante *BVerfGE*], tomo 40, pp. 352 (en p. 356).

<sup>29</sup> P. e. *BVerfGE*, tomo 87, pp. 48 y ss. (en p. 63).

protección de los derechos subjetivos ordinarios (sin rango constitucional) de las personas a los «tribunales específicos» («*Fachgerichte*»).<sup>30</sup> Estos «tribunales específicos» son, en la terminología propia del Tribunal Constitucional alemán, los tribunales de lo contencioso-administrativo, así como los tribunales civiles, penales, de lo Social, de Hacienda etc. En palabras del propio tribunal:

«En general, puede afirmarse 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 evidencien errores de interpretación basados, sobre todo, en la incorrecta apreciación de la trascendencia del derecho fundamental, en especial del alcance de su ámbito de protección, y que, además, desde la perspectiva de su significación material para el caso concreto resulten determinantes.»<sup>31</sup>

De esta manera, concentrando su energía en la «específica vulneración del Derecho constitucional» el Tribunal Constitucional alemán (aun admitiendo las dificultades de diferenciación que en todo ello se implican) nos muestra una cierta independencia del Derecho administrativo respecto del Derecho constitucional que viene así a complementar la regla vinculante para la Administración y jueces de los tribunales ordinarios («tribunales específicos») de la preferencia de aplicación del Derecho inferior.

No obstante lo anterior, hay que admitir que es el propio Tribunal Constitucional alemán quien determina lo que es una «específica vulneración del Derecho constitucional»; y ello es importante por la gran relevancia de tal Tribunal: éste se cualifica a sí mismo además como órgano constitucional<sup>32</sup> y ha logrado su gran relevancia en buena medida por su competencia en materia de amparo. Ante el Tribunal Constitucional alemán se puede luchar contra la vulneración de cualesquiera 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 la esfera del Derecho administrativo puede rozar el ámbito de protección de un derecho fundamental. Así, se ha llegado a considerar afectado, por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad general de acción del art. 2.1 LF<sup>33</sup> —y por ello se estimó admisible la interposición de un recurso de amparo— si una ley prohibiese a un ciudadano cabalgar en el bosque,<sup>34</sup> o si una Administración municipal prohibiese dar de comer a las palomas en los parques y los tribunales ordinarios lo estimasen como conforme a Derecho.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> P. e. BVerfGE, tomo 89, pp. 381 y ss. (en p. 396).

<sup>31</sup> BVerfGE, tomo 18, pp. 85 y ss. (en p. 93).

<sup>32</sup> P. e. BVerfGE, tomo 104, pp. 151 y ss. (en p. 196).

<sup>33</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 vulnere los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.»

<sup>34</sup> BVerfGE, tomo 80, pp. 137 y ss.

<sup>35</sup> BVerfGE, tomo 54, pp. 143 y ss.

Además, el Tribunal Constitucional alemán ha caracterizado como injerencia en un derecho fundamental en la práctica a casi toda actuación estatal que afecte de una forma u otra a la persona, y por eso puede proceder a controlarla. En este sentido, se puede producir una injerencia en un derecho fundamental no sólo mediante mandatos y prohibiciones; incluso si una autoridad administrativa simplemente advierte a los ciudadanos de que un vino está intoxicado, esta mera advertencia puede constituir una injerencia en los derechos fundamentales de libertad profesional y propiedad privada del comerciante vinícola concernido.<sup>36</sup>

Ahora bien, sin perjuicio de lo afirmado, claro está que prohibiciones como las de no cabalgar en el bosque o de no dar de comer a las palomas, pese a afectar el derecho fundamental de la libertad general de acción del art. 2.1 LF, no automáticamente han de resultar por ello inconstitucionales. Tampoco lo es la advertencia de eventual presencia de veneno en un vino comercializado. Estas intervenciones bien pueden ser justificadas por la Constitución en aras de la protección del medio ambiente, o de los que beben vino, pero lo que realmente importa es que el Tribunal Constitucional controla todas esas actuaciones estatales desde parámetros propios del Derecho constitucional de los derechos fundamentales y declara qué requerimientos tienen que satisfacer las leyes administrativas, los actos administrativos y las demás actuaciones del Estado para ser constitucionalmente conformes. De esta manera, en la práctica, el actuar del Estado en el ámbito del Derecho administrativo está sujeto a un imperativo de motivación adicional —el Estado tiene que encontrar una justificación constitucional— con el fin de proteger más al individuo.

Simultáneamente, el Tribunal Constitucional ha declarado que los principios tradicionales del Derecho administrativo son principios constitucionales. Por ejemplo, la «prohibición de exceso» («*Übermaßverbot*»), desarrollada inicialmente como principio por el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941), ha sido en el presente perfeccionada por el Tribunal Constitucional como principio de proporcionalidad y está reconocida como elemento del principio del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, la llamada «teoría de tres escalones» o «*Dreistufentheorie*» en la conocida «sentencia sobre las farmacias») sobre el art. 12.1 LF.<sup>37</sup> Además, el Tribunal Constitucional siempre exige (y controla) la «interpretación de las leyes conforme a la Constitución» («*verfassungskonforme Auslegung*»),<sup>38</sup> a no ser que el Legislador haya establecido un tenor literal de la norma que excluya dicha interpretación (en cuyo caso la ley es inconstitucional).<sup>39</sup>

Ciertos autores en Alemania critican esta tendencia porque abocaría a una «constitucionalización» del Derecho administrativo. Bajo mi punto de vista esta polémica de política de Derecho es inadecuada. Y es que la «constitucionalización»

<sup>36</sup> BVerfGE, tomo 105, pp. 252 y ss. (en p. 273).

<sup>37</sup> BVerfGE, tomo 7, pp. 377 y ss.

<sup>38</sup> P. e. BVerfGE, tomo 2, pp. 266 y ss. (en p. 282).

<sup>39</sup> BVerfGE, tomo 101, pp. 106 y ss. (en p. 131).

del Derecho administrativo en la práctica se ve mitigada por la ya mencionada «preferencia de aplicación del Derecho inferior a la Constitución», es decir, por la preferencia de aplicación del Derecho administrativo respecto del Derecho constitucional. Tampoco la «constitucionalización» cubre ya totalmente el campo del Derecho administrativo.<sup>40</sup> Por ejemplo, pese a la así llamada protección de los derechos fundamentales por el procedimiento (administrativo) («*Grundrechtsschutz durch Verfahren*»)<sup>41</sup> no todo defecto de procedimiento automáticamente vulnera un derecho fundamental. Tampoco el principio de desenvolver de forma expedita el procedimiento administrativo<sup>42</sup> posee en general rango constitucional.<sup>43</sup> Además, si bien en Alemania se reconocen, ciertamente, derechos sociales (p. e. §§ 2 y siguientes del Libro Primero del *Sozialgesetzbuch*), no se reconocen, sin embargo, derechos fundamentales sociales.<sup>44</sup> El Derecho administrativo sólo está entretelado por el Derecho constitucional en el sentido de «entretelar» («*durchweben*») que más arriba ya se expuso. Ante todo, este tejido modera el poder estatal para proteger al individuo; ello es precisamente lo que pretende la Ley Fundamental (véase art. 1.3 LF, que vincula a todos los poderes del Estado respecto de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 2 a 19 LF).

### 2.3 La importancia de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva para la relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo

El artículo 19. 4 LF<sup>45</sup> (cuyo contenido viene a corresponderse con el del art. 24. 1 CE) contiene la garantía de tutela judicial efectiva. Ésta última 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 numerosos derechos subjetivos de origen legal frente al Estado. Como garantía de instituto («*Einrichtungsgarantie*») el art. 19. 4 LF obliga al Legislador a establecer y mantener eficientes una jurisdicción de lo contencioso-administrativo y un Derecho procesal administrativo.<sup>46</sup> El autor de estas líneas comparte, además, la corriente doctrinal que considera que el art.

<sup>40</sup> Compárese p. e. Rainer Wahl: «Der Vorrang der Verfassung...», cit., p. 409.

<sup>41</sup> Véase p. e. BVerfGE, tomo 53, pp. 30 y ss. (en p. 65).

<sup>42</sup> Por ejemplo, 10.2 VwVfG [Ley de procedimiento administrativo], § 9 SGB X – Código Social, Libro Décimo.

<sup>43</sup> Véase Udo Steiner: «Verwaltungsverfahren und Grundrechte», cit., pp. 114 y ss., también advirtiendo excepciones.

<sup>44</sup> Compárese Udo Steiner: «Verwaltungsverfahren und Grundrechte», cit., p. 115.

<sup>45</sup> «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de la jurisdicción ordinaria. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.»

<sup>46</sup> Martin Ibler: «Art. 19 IV», cit., núms. márgs. 19 y ss.

19.4 LF obliga al legislador y a la Administración, como agentes normadores, a constituir y proteger ulteriores derechos subjetivos mediante Derecho ordinario.<sup>47</sup> En este punto se ha de insistir en la importancia de la existencia de un derecho subjetivo para poder acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania; y ello por su particular sistema de control jurisdiccional de la Administración, asentado –a diferencia de España– sobre la base de la existencia de un derecho subjetivo.<sup>48</sup>

A parte de lo antecedente, se deduce como cometido tanto para el Legislador como para la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa lo siguiente:

- La obligación de evitar en la actuación normativa la concesión de márgenes de discrecionalidad («*Beurteilungsspielräume*») a la Administración cuando tenga que interpretar los conceptos jurídicos (incluso si son conceptos abiertos) y cuando tenga que subsumir, incluso cuando se trate de conceptos jurídicos indeterminados.
- La obligación de reducir la discrecionalidad de la actividad administrativa discrecional y de la actividad de ponderación («*Abwägungsspielräume*»), es decir, seguir la dogmática que impulsa a disminuir el campo de actuación discrecional. Ello se logra con el auxilio de las teorías que imponen el seguimiento de un test sobre parámetros relativamente consolidados por la doctrina y jurisprudencia para estimar o no el eventual error o falta de la actividad administrativa discrecional o de la actividad de ponderación (se habla, al efecto, de la «teoría de los defectos o vicios de discrecionalidad» («*Ermessensfehlerlehre*») y del «imperativo de justa ponderación» («*Abwägungsgebot*») que incluye una «teoría de los defectos o vicios de ponderación» («*Abwägungsfehlerlehre*»)).<sup>49</sup>
- La obligación de llevar a efecto la doctrina del Tribunal Constitucional que propugna el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales a través de un procedimiento administrativo adecuado («*Grundrechtsschutz durch Verfahren*»)).<sup>51</sup> De este modo, más allá de la sola dimensión objetiva de los derechos fundamentales (tal y como ésta, según creo, se entiende generalmente en España), la conformación inadecuada de un procedimiento administrativo puede lesionar un derecho fundamental subjetivo.

<sup>47</sup> Martin Ibler: «Art. 19 IV», cit., núms. márgs. 1, 140 y ss.; compárese también Helmuth Schulze-Fielitz: «Art. 19 IV», en Horst Dreier (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, 2ª ed., Verlag Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, núms. márgs. 63 y 68 s.

<sup>48</sup> Véase Martin Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz...*, cit., pp. 308, y 167 y ss.

<sup>49</sup> Véase p. e., Robert Alexy: «Ermessensfehler», en *Juristenzeitung* (1986), pp. 701 y ss.

<sup>50</sup> Véase p. e., Bundesverwaltungsgericht [Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo], en *Amtliche Entscheidungssammlung* [Recopilación oficial de decisiones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo], tomo 34, págs. 301 y ss. (en p. 309); y Martin Ibler: *Öffentliches Baurecht*, cit., pp. 133 y ss.

<sup>51</sup> Por ejemplo, BVerfGE, tomo 53, pp. 30 y ss. (en p. 65).

Sobre la base del propio art. 19.4 LF cualesquiera reducciones de la protección jurídica del ciudadano frente al poder público (por ejemplo, la supresión de instancias judiciales, el acortamiento de plazos en la interposición de la demanda, la derogación de un derecho subjetivo) tienen que ser justificadas constitucionalmente. No obstante, la propia capacidad funcional de la Administración (en el Estado de Derecho) puede ser causa importante de la exclusión de la antijuridicidad de restricciones al art. 19. 4 LF,<sup>52</sup> dado que dicha capacidad funcional de la Administración está protegida con rango constitucional como parte del propio principio del Estado de Derecho en el art. 20.2 y 3 LF.<sup>53</sup>

### 3. LA RELACIÓN ENTRE (LOS PROFESORES DE) TEORÍA DEL DERECHO DEL ESTADO Y (LOS PROFESORES DE) TEORÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ALEMANIA

La estrecha relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo en Alemania también se refleja en las personas que enseñan y investigan en ambas disciplinas. De ello es clara muestra la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer – VDStRL*)<sup>54</sup> y el sistema de provisión de cátedras en las Universidades.

La Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público fue fundada en 1922 e integra a juristas alemanes, austríacos y suizos de Derecho público habilitados para ocupar una cátedra por medio de la así denominada *Habilitation*. Para ello se requiere la realización de una segunda monografía científica, también conocida como «segunda tesis» (*«Habilitationsschrift»*), y un coloquio científico con los aspirantes, debiendo una y otro ser calificados positivamente por una Facultad de Derecho universitaria. Sólo puede ingresar en la asociación quien ha alcanzado mediante dicha habilitación la *venia legendi* para Derecho del Estado (en amplia medida correspondiente con lo que es el Derecho constitucional) y para una especialidad del Derecho público más, p.e. Derecho administrativo, Derecho europeo o Derecho internacional. Hoy son aproximadamente seiscientos los catedráticos, profesores y los así denominados «docentes privados»

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo, *BVerfGE*, tomo 61 pp. 82 y ss. (en p. 116).

<sup>53</sup> «(2) Todo poder del Estado emana del Pueblo. Este poder es ejercido por el Pueblo mediante elecciones y votaciones y mediante los órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

(3) El Poder Legislativo está sujeto al orden constitucional; el Poder Ejecutivo y el Judicial a la ley y al Derecho.»

<sup>54</sup> Página web: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institut/leo/ffr4/staatsrechtslehrer>

<sup>55</sup> La tesis doctoral viene a requerir una dedicación aproximada entre dos y cuatro años (en comparación con los orientativamente cuatro años de las tesis en Derecho españolas). La «segunda tesis» viene a requerir unos seis años de dedicación exclusiva a la misma.

(*Privatdozenten*, académicos que se han habilitado pero no han obtenido aún puesto como funcionario vitalicio) y, finalmente, los *emeriti*.

La asociación realiza anualmente (con la única excepción del significativo paréntesis entre 1933 y 1948) un congreso sobre dos temas actuales y de relieve del Derecho público. Por regla general, uno de los temas procede más bien del ámbito del Derecho constitucional y el otro más bien del Derecho administrativo. Así, 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 a la situación actual de la Universidad (tema más propio del Derecho administrativo).

Por cuanto concierne al sistema de provisión de cátedras se refiere, cabe señalar que por tradición en las Universidades alemanas, las cátedras del Derecho público en general sólo se conceden a quienes son miembros de dicha asociación. Los catedráticos y profesores del Derecho público imparten docencia en varias materias del Derecho público (así, por ejemplo, las de organización del Estado, derechos fundamentales, Derecho administrativo general), variando entre las mismas según semestres. Además, imparten clases en otras materias del Derecho público, dependiendo ello de la denominación precisa que posea la correspondiente cátedra que invistan. En lo relativo a la investigación, ciertamente los catedráticos asumen los temas a investigar según su libre criterio.