

La legitimación democrática de la autoadministración no municipal

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL OBJETO DE LA INVESTIGACION. 1. La autoadministración no municipal. 2. La legitimación democrática. III. LA NECESIDAD DE LEGITIMACION DEMOCRATICA DE LA AUTOADMINISTRACION NO MUNICIPAL. IV. LA DELIMITACION DEL PUEBLO DE LA CORPORACION. V. REQUERIMIENTOS CONSTITUCIONALES AL PROCEDIMIENTO ELECTORAL. 1. Requerimientos relativos a la existencia de una elección. 2. Generalidad e igualdad de la elección. 3. La legitimidad de los derechos de formulación de propuestas o candidaturas. VI. LA VIABILIDAD DE LA COBERTURA DE LOS ORGANOS CON TITULARES DE CARGOS NO LEGITIMADOS POR EL PUEBLO DE LA ASOCIACION O CORPORACION.

I. INTRODUCCION

Los trabajos de disertación ¹ y habilitación ² de Werner HOPPE tratan temas jurídico-organizativos. Con ocasión de su sesenta cumpleaños resulta por ello apropiado seleccionar, para su análisis, un objeto perteneciente al mismo campo jurídico que le ocupó en dichos dos momentos, especialmente destacados por un procedimiento formal, de su vida científica. Como justificación de la elección del problema jurídico-organizativo aquí analizado pueden aducirse, aparte la importancia que en todo caso tienen en el Estado democrático las cuestiones rela-

Artículo traducido por Luciano PAREJO ALFONSO.

¹ Los conceptos de Corporación territorial y Asociación municipal y el carácter jurídico de las Asociaciones Paisajísticas de Renania del Norte-Westfalia, 1958.

² Los conflictos entre órganos ante los Tribunales contencioso-administrativos y sociales, 1970.

tivas a la legitimación jurídico-constitucional, la actualidad que presenta el tema por razón de sendos debates de carácter jurídico-político y jurídico-constitucional en curso y los interrogantes aún sin respuesta que los mismos han hecho aflorar.

En la discusión sobre el derecho electoral municipal de los extranjeros, los defensores de dicho derecho han llamado la atención sobre la, indiscutida desde el punto de vista constitucional, participación de los extranjeros en las elecciones relativas a corporaciones de autoadministración no municipales³. Por contra, de entre las filas de los numéricamente mayoritarios contradictores se opone, con fundamentación diversa, la no aplicabilidad de las reglas jurídico-constitucionales a la autoadministración no municipal; reglas de las que deducen la inadmisibilidad del derecho electoral municipal del extranjero⁴. El segundo objeto de discusión, que se ha revelado como motor eficaz del debate científico en torno a las cuestiones, aquí tratadas, de la legitimación democrática de la autoadministración no municipal, es el cumplimiento por el Gobierno y el Parlamento del *Land* de Renania del Norte-Westfalia del requerimiento de participación en la Administración pública en las asociaciones o comunidades sectoriales en materia de aguas⁵. El plan, consistente en prever representantes de los trabajadores —directamente elegidos— en los órganos ejecutivos de estas corporaciones poco conocidas, pero importantes para la economía del agua en el *Land*, desencadenó una serie de tomas de posición en dictámenes que, mayoritariamente y por relación a las exigencias jurídico-constitucionales en punto a la legitimación democrática, llegaban a la conclusión de la imposibilidad de la conciliación del propósito legal con la Constitución⁶. No en último término bajo la impresión de estas

³ Dietmar BREER, *La participación de extranjeros en la formación de la voluntad política en la República Federal Alemana mediante el reconocimiento del derecho electoral, en especial del derecho electoral municipal*, 1982, pp. 114 y ss.; BRYDE, *JZ*, 1989, 260; Manfred ZULEEG, en *Derecho de extranjería y política de extranjería en Europa*, editado por Manfred Zuleeg, 1987, p. 172, y ZULEEG, *KritV*, 1987, pp. 328 y ss.

⁴ Manfred BIRKENHEIER, *Wahlrecht für Ausländer*, 1976, pp. 122 y ss.; SCHINK, *DVBt*, 1988, p. 425; con cautela, ISENSEE, *KritV*, 1987, pp. 306; PAPIER, *KritV*, 1987, p. 313.

⁵ Cfr. las Leyes aprobadas el 18 de enero de 1990 sobre la Asociación del Agua Eifel-Rur, la Comunidad Emscher, la Comunidad de Evacuación de Aguas de la margen izquierda del Rin (LINEG) y la Asociación Lippe, así como la Ley para la modificación de las disposiciones del *Land* sobre asociaciones en materia de aguas en el territorio de inmigración del Ruhr.

⁶ En este sentido, Karl-Heinrich FRIAUF, *Arbeitnehmer-Mitbestimmung in einem öffentlich-rechtlichen Wasserverband*, manuscrito, 1989; Michael KLOEPFER, *Rechtsgutachten zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Arbeitnehmermitbestimmung im Ruhrverband und im Ruhrtalsperrenverein*, manuscrito, 1989; Rolf STOBER, *Wasserverbandsrecht und Arbeitnehmermitbestimmung*, 1989; más bien en sentido positivo, Franz-Joseph PEINE, *Die Sondergesetzliche Errichtung und Umgestaltung von Wasserverbänden -unter besonderer Berücksichtigung der direktiven Mitbestimmung*, manuscrito, 1989; Jürgen SALZWEDEL, *Rechtsgutachten zu den Grenzen der Zuständigkeit und der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers im Wasserverbandsrecht*, manuscrito sin fecha; tratan de otras cuestiones jurídicas y, en su caso, científico-administrativas, relativas al aludido conjunto legislativo, Werner HOPPE/Martin BECKMANN, *Rechtsgrundlagen und verfassungs-*

opiniones jurídico-constitucionales, los planes, aunque no abandonados sí han sido sustancialmente modificados⁷.

Al comienzo del análisis debe colocarse una descripción más precisa y una acotación de los dos elementos que integran el tema, a saber, la autoadministración no municipal (II.1) y la legitimación democrática (II.2). La cuestión central de la aplicabilidad a la autoadministración no municipal de las reglas jurídico-constitucionales sobre la necesidad de una legitimación democrática organizativo-personal se aborda y —adelantando ya la conclusión— afirma en el siguiente apartado (III). En el apartado IV se trata de la delimitación del «pueblo de la asociación o corporación». Los requerimientos jurídico-constitucionales del procedimiento electoral (V) y la admisibilidad de la integración orgánica con titulares de órganos no legitimados por dicho pueblo (VI) constituyen el objeto de los dos últimos apartados de la investigación.

II. EL OBJETO DE LA INVESTIGACION

1. LA AUTOADMINISTRACIÓN NO MUNICIPAL

El concepto de autoadministración se entiende aquí en su sentido no «político», sino «jurídico», es decir, y siguiendo a Hans JULIUS WOLFF⁸, como gestión de asuntos públicos en nombre propio, autónoma y libre de instrucciones, por instancias subestatales de Administración pública. La investigación debe circunscribirse a la autoadministración no municipal, con lo que quedan excluidas, además de la autoadministración de los Municipios y los Distritos («Kreise») con sus representaciones a elegir —conforme al art. 28.2, párrafo 1.º, GG— según los mismos principios que en la Federación y los *Länder*, la autoadministración en régimen de establecimiento de las Cajas de Ahorro municipales o en régimen asociativo de las asociaciones municipales superiores⁹ o de las asociaciones funcionales. No cabe desconocer desde luego que precisamente las asociaciones funcionales presentan, en algunos aspectos, problemas parecidos a los de la autoadministración

rechtliche Grenzen der Gründung und Auflösung von Wasser- und Bodenverbänden, 1988; Eberhard LAUX, *Gutachten zur künftigen Organstruktur von Ruhrverband (RV) und Rubrtalsperrenverein (RTV)*, Essen, manuscrito, 1989. DAMMANN, PÜTTNER y REDEKER también emitieron dictámenes, de los que no ha dispuesto el autor.

⁷ Como ejemplo y por todos, cfr. el párrafo 17, apartado 2, párrafo 2, del proyecto gubernamental de la Ley sobre la Asociación Lippe (Diario parlamentario del 10/3919) y de la Ley aprobada.

⁸ WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, 4.ª ed., 1976, párrafo 84 IV b; en cuanto a la autoadministración política, párrafo 84 IV a.

⁹ El tratamiento más completo de las asociaciones paisajísticas como asociaciones municipales más importantes sigue siendo hoy el de la disertación de Werner HOPPE citada en la nota número 1.

concreta aquí estudiada, cual sucede cuando se piensa en la participación no municipal¹⁰ con la consecuencia de la integración no homogénea de órganos¹¹. La limitación temática a la autoadministración no municipal aquí efectuada¹² parece no obstante justificada, en tanto que entretanto y para la autoadministración municipal se ha alcanzado acuerdo, no en último término bajo la influencia de la doctrina del Tribunal Federal Constitucional¹³ y del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia¹⁴, sobre la aplicabilidad de los principios jurídico-constitucionales de la legitimación democrática y también sobre muchas cuestiones relativas a su aplicación¹⁵.

Con HENDLER, en la autoadministración no municipal pueden diferenciarse las Escuelas Superiores; la Seguridad Social; las organizaciones de la industria y el comercio, la artesanía, la agricultura y las profesiones liberales; la organización de las telecomunicaciones por difusión, las asociaciones o comunidades de aguas y tierras; y las restantes asociaciones reales, tales como las comunidades de partícipes en las reformas del espacio rural o las asociaciones de caza y pesca¹⁶. La simple enumeración ilustra ya sobre el hecho de que no se trata en modo alguno de un complejo homogéneo. Antes bien, las instituciones de autoadministración no municipal tienen los orígenes históricos más diversos y los cometidos más distintos y muestran las estructuras organizativas más heterogéneas. De ahí que las declaraciones generales sobre ellas deben formularse en términos bastante abstractos, si no quieren incurrir en una injustificada nivelación de la diferenciada realidad de estas formas de autoadministración.

También las razones que abogan en favor del establecimiento o el mantenimiento por el Estado de instancias de autoadministración no municipal son limitadas de diversas formas y con frecuencia; en este

¹⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 4, apartado 2, GkG NW; sobre ello Janbernd OEBBECKE, *Gemeindeverbandsrecht*, 1984, número marginal 413.

¹¹ Sobre ello, más adelante en VI.

¹² El déficit científico-jurídico constatado en 1967 por SCHEUNER (en *Gedächtnisschrift Hans Peter*, p. 796) para la autoadministración no municipal, ha sido entretanto paliado, aunque todavía no superado, por la monografía de Reinhard HENDLER (*Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1984) y las contribuciones al homenaje a Georg Christoph von UNRUH (*Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, 1983).

¹³ *BVerfGE*, 38, pp. 258 y ss. (271); 47, pp. 253 y ss. (272 y s.).

¹⁴ *DVB1*, 1986, pp. 1196 y ss.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, E. W. BÖCKENFÖRDE, en *HdbStR*, I, p. 903, número marginal 25; EHLERS, *JZ*, 1987, pp. 218 y ss.; Hans-Uwe ERICHSEN, *Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen*, 1988, p. 257; FROTSCHER, en «Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft», *Festgabe für G. Chr. v. Unruh*, 1983, p. 127 (144); Edzard SCHMIDT-JORTZIG, *Kommunalrecht*, 1982, número marginal 66; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, 5.ª ed., 1987, párrafo 86, número marginal 136.

¹⁶ HENDLER (nota 12), p. 208; cfr. también la visión de conjunto que dan WOLFF/BACHOF/STOBER (nota 15), párrafos 93-97.

punto deben mencionarse¹⁷, junto a la descarga de esfuerzo político¹⁸, administrativo¹⁹ o financiero²⁰, la estructuración y la integración sobre todo de subsistemas económicos²¹, pero también el aseguramiento organizativo de la libertad garantizada mediante derechos fundamentales²² o la descentralización como instrumento organizativo para la limitación del poder estatal²³.

El Estado es principalmente libre para establecer una autoadministración por las razones mencionadas u otras distintas²⁴; pero tal libertad no es ilimitada. Allí donde la Constitución prescriba para determinadas tareas una competencia distinta, queda excluida la atribución a una instancia de autoadministración no municipal. Esta es la razón por la que, con base en el artículo 28.2, párrafo 1, GG y el artículo 78.2 de la Constitución del *Land*, la atribución en Renania del Norte-Westfalia de la evacuación de aguas a asociaciones legales sectoriales de nueva creación²⁵ resulta difícilmente conforme con el orden constitucional²⁶. Toda una serie de preceptos de la Ley Fundamental

¹⁷ Respecto de las diferentes funciones de la autoadministración, véase HENDLER (nota núm. 12), pp. 339 y ss.; SCHUPPERT, en «Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft», *Festgabe für G. Chr. von Unruh*, 1983, pp. 190 y ss.

¹⁸ Compárese, por ejemplo, la carga que para la política representa la discusión sobre las modalidades de prestación de los servicios en el comercio al por menor (cierre comercial) con la notablemente menor que suponen para ella estas cuestiones en el caso de las profesiones liberales.

¹⁹ Especialmente clara en el caso de la Seguridad Social.

²⁰ Este aspecto juega un importante papel, por ejemplo, en la nueva entidad asociativa para la eliminación de residuos NW [cfr. la Ley sobre la creación de la «Abfallentsorgungs- und Altlastensanierungsverbandes Nordrhein-Westfalen» de 21 de junio de 1988 (*GVB*, 1988, 268)], así como también en las entidades asociativas de aguas.

²¹ Aquí debe pensarse sobre todo en las Cámaras de la economía; en la literatura científica se habla en este contexto también de «disciplina» [HENDLER (nota núm. 12), pp. 352 y ss., con ulteriores referencias].

²² Esta idea está en primer término en el caso de la autoadministración tanto de la radio-difusión como de las Universidades; debería jugar asimismo un papel en el de las asociaciones reales en materia de caza y de pesca, puesto que en tales supuestos la utilidad privada de posiciones protegidas en términos de propiedad difícilmente puede realizarse sin una gestión colectiva.

²³ Tras las experiencias históricas bajo el nacional-socialismo esto vale, por ejemplo, para las Cámaras o Colegios económicos y profesionales; pero la idea tiene asimismo importancia para las instancias gestoras de la seguridad social por razón del volumen de recursos financieros que mueven.

²⁴ *BVerfGE*, 10, 89 (102 y 104); 15, 235 (242); Werner WEBER, *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, 2.^a ed., 1967, p. 112; BREUER, en «Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft», *Festgabe für G. Chr. von Unruh*, 1983, pp. 864 y s.

²⁵ Parágrafo 2.1, nr. 6 de la ley relativa a la asociación Eifel-Rur, en relación con el parágrafo 54 de la LWG NW.

²⁶ Los relativamente grandes (por relación a la media federal) Municipios de Renania del Norte-Westfalia no tienen, por relación a la evacuación de aguas y en el territorio de la asociación, una capacidad de gestión menor que los situados fuera de este territorio y están desde luego en condiciones de cumplir correctamente la tarea de la evacuación de las aguas utilizadas. En el caso de que dicha tarea excediera de sus posibilidades, su atribución a las asociaciones sólo podría ser considerada, conforme al artículo 78.2, párrafo 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, caso de que hubiera que excluir también a los Distritos («Kreise») como titulares de la misma [respecto de la competencia universal subsidiaria de los Distritos de dicho

prescribe imperativamente una Administración directa federal y excluye así la atribución a instancias de autoadministración²⁷. De modo parecido opera el artículo 7.1 GG, que prohíbe, en beneficio de la Administración directa de los *Länder*, la atribución de competencias de supervisión de la enseñanza a organizaciones de autoadministración y para su ejercicio por éstas bajo la propia responsabilidad²⁸.

Un límite ulterior para el establecimiento de organizaciones de autoadministración deriva, según opinión generalizada en la doctrina, de la concurrencia en las tareas públicas de un componente de «generalidad» tan alto que el interés objeto de delimitación, cuya gestión habría de ser asumida por la asociación correspondiente, no puede ser considerado sectorial, sino precisamente común de todos los ciudadanos del Estado²⁹. Esto vale especialmente para los «asuntos estatales básicos»³⁰, tales como la defensa, la política exterior, los tributos o la policía. Otros límites para la creación de corporaciones de autoadministración vienen determinados por los derechos fundamentales³¹; así, el Estado no debe defraudar, por intermedio de estas creaciones, límites impuestos a su actividad³². Aquí restan aún extremos por clarificar y no sólo por lo que hace a las organizaciones de autoadministración con obligatoriedad de pertenencia a las mismas. Mucho menos significativo es el régimen constitucional por lo que hace a la garantía de la autoadministración no municipal o la obligación de creación de organizaciones de este tipo. Es opinión doctrinal general que, en el orden constitucional federal, la libertad científica impone preceptivamente la autoadministración de las Universidades³³; otros parten de la permi-

Land, OEBBECKE (nota núm. 10), número marginal 42]. Tampoco la concurrencia de peculiaridades de la economía del agua en el territorio de la asociación hacen necesaria la retirada de la competencia; el territorio del Rur, en el que existe minería, no presenta tales peculiaridades por relación a los restantes territorios del *Land*.

²⁷ Artículos 87.1, 87.b), 87.d) y 89 GG; sobre ello KREBS, *HdbStR*, III, parágrafo 69, número marginal 54 (p. 600).

²⁸ La realización de las tareas de supervisión de la enseñanza en Renania del Norte-Westfalia por los funcionarios de la Administración directa o principal de los Distritos («Kreise») y de los Municipios no incluidos en las circunscripciones distritales, en régimen de «préstamo de órganos», tiene en cuenta la situación constitucional expuesta en el texto [véase al respecto OEBBECKE (nota núm. 10), números marginales 249 y ss.].

²⁹ E. W. BÖCKENFÖRDE, *HdbStR*, I, parágrafo 22, número marginal 34 (p. 909); BREUER, *Verwaltung*, 1977, 1 (8); HENDLER (nota núm. 12), pp. 317 y ss.; Janbernd OEBBECKE, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, 1986, p. 90; SCHMIDT-ASSMANN, en *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, p. 264.

³⁰ SCHEUNER (nota número 12), p. 815.

³¹ Cfr. al respecto SCHEUNER (nota núm. 12), p. 817; BROHM, en «Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft», *Festgabe für G. Chr. von Unruh*, 1983, pp. 790 y s.; ERICHSEN, *Jura*, 1987, 390 (391); HENDLER (nota núm. 12), pp. 334 y ss.; todos ellos con ulteriores referencias.

³² De esta forma, el Estado no debe, por ejemplo, crear comunidades religiosas o cuestionar en la práctica la libertad de asociación [respecto de esto último, KLUTH, *DVBl*, 1986, 716 (723)].

³³ HENDLER (nota núm. 12), pp. 330 y s.; OPPERMAN, *HdbStr*, VI, parágrafo 145, números marginales 52-54 (pp. 838 y ss), con ulteriores referencias; SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29),

sión constitucional, pero consideran posibles otras soluciones organizativas³⁴. La importancia práctica de la cuestión es pequeña³⁵, por lo menos en los casos en que las Escuelas Superiores cuenten con las correspondientes garantías en las Constituciones de los *Länder*³⁶. Del artículo 87.2 GG muy difícilmente cabe derivar una garantía constitucional de la autoadministración en el ámbito de la seguridad social³⁷.

Tampoco los principios estructurales de la Constitución aportan nada, en definitiva, en orden a un deber de establecimiento de la autoadministración no municipal. Justamente porque la gestión corporativa a través de una organización de autoadministración no representa, desde la perspectiva de sus miembros, un *minus* y sí un *aliud* para con relación a la gestión estatal directa de la tarea de que se trate, el principio de proporcionalidad propio del Estado de Derecho no impone preferencia alguna de la autoadministración respecto de la Administración estatal. En la ponderación de la gravedad de la incidencia que supone la obligatoriedad de pertenencia a una instancia de autoadministración deben tenerse también en cuenta desde luego las ventajas de esta forma de organización³⁸; pero no cabe partir de una preferencia en cuanto medio más «blando» en comparación con la Administración estatal directa³⁹, ya por la sola razón de que el cumplimiento de la tarea correspondiente en régimen de autoadministración presenta, desde el punto de vista del legislador que «organiza», variaciones en su idoneidad por razón de la conceptualmente inexcusable minoración de la influencia estatal⁴⁰.

Tampoco del principio democrático resulta un deber del Estado de posibilitar la autoadministración⁴¹. Una participación más intensa

pp. 252 y s.; en esta dirección también KICKARTZ, en WOLFF/BACHOF/STOBER (nota núm. 15), parágrafo 93, número marginal 25; von MÜNCH, en *von Münch, Comentario a la GG*, 2.ª ed., 1981, artículo 5, número marginal 75.

³⁴ ROELLECKE, *JZ*, 1969, pp. 726 y ss.; BREUER, *Verwaltung*, 1977, 1 (20); *BVerfGE*, 35, 79 (112 y ss.).

³⁵ La cuestión ha sido resuelta de forma igualmente controvertida para la radiodifusión. Cfr., de un lado, HENDLER (nota núm. 12), pp. 330 y s.; de otro lado, BREUER, *Verwaltung*, 1977, 1 (17); debe entenderse desde luego que con el surgimiento de la radiodifusión privada se han alterado asimismo, posiblemente también de forma constitucionalmente relevante, los fundamentos mismos para la respuesta a esta cuestión [véase BULLINGER, *HdbStr* VI, parágrafo 142, números marginales 188 y ss. (pp. 711 y ss.)].

³⁶ Cfr., por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; ulteriores referencias en BREUER, *Verwaltung*, 1977, 20, nota núm. 94.

³⁷ *BVerfGE*, 21, 362 (371); 39, 302 (314); HENDLER (nota núm. 12), pp. 227 con ulteriores referencias también en cuanto a las garantías en las Constituciones de los *Länder*; en favor de una garantía muy limitada en su contenido, SCHNAPP, en «Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft», *Festgabe für G. Chr. von Unrub*, 1983, pp. 891 y s., con ulteriores referencias; SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29), p. 253; llegando más lejos, DIEMER, *SGb*, 1982, 432 (433).

³⁸ Así *BVerfGE*, 10, 89 (104).

³⁹ ERICHSEN, *Jura*, 1987, 391; KLUTH, *DVBt*, 1986, 716 (720).

⁴⁰ Contra la tesis del «medio más blando», MESSERSCHMITDT, *VerwArch*, 1989, 55 (65); OEBECKE, *NVwZ*, 1988, 393 (393, nota núm. 35).

⁴¹ *BVerfGE*, 11, 310 (321); BREUER, *Verwaltung*, 1977, 1 (10); Werner WEBER (nota núm. 24), p. 113.

o menos indirecta de los afectados en el cumplimiento de las tareas administrativas no significa necesariamente más democracia ⁴².

2. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

Siguiendo a OSSENBÜHL cabe entender por «legitimación democrática» en sentido muy amplio la justificación, autorización y sanción de la actuación de los órganos del Estado por el pueblo ⁴³. Conforme a esta definición es posible distinguir la legitimación organizativa y la sustantiva o material ⁴⁴. La legitimación organizativa se refiere, en su dimensión institucional, a la existencia y constitución de un órgano; en la funcional, a la delimitación y atribución de competencias; y en la personal, a la integración del órgano con una o varias personas físicas ⁴⁵. La legitimación sustantiva afecta a la conexión de la actuación de los órganos investidos por personas físicas con la voluntad del pueblo, para la cual la legitimación organizativa resulta necesaria, pero no suficiente. Se cumple a través de presupuestos legales materiales, de la responsabilidad y de las diversas formas del control que actualiza ésta, pero sobre todo también de la publicidad. Mediante determinaciones jurídico-organizativas cabe asegurar la legitimación organizativa, pero sólo posibilitar la legitimación sustantiva; las elecciones confieren la primera a los órganos estatales y exigen de éstos la segunda.

Conforme al artículo 20.2 GG el ejercicio de «poder del Estado» precisa de la legitimación democrática ⁴⁶. No es fácil precisar lo que deba entenderse por tal. Su determinación se dificulta por el hecho de que el concepto no es para la Constitución objeto precisado de regulación expresa, dándose en ella por supuesto ⁴⁷. El tentador recurso al poder del Estado, en el sentido de la doctrina de los tres elementos de la teoría general del Estado, no es prometedora precisamente porque en ella el referido poder, en tanto que unitario e indivisible, no tolera el añadido «todo»; en el artículo 20.2, párrafo 1.º, GG el concepto de poder público aparece más referido al momento de ejercicio ⁴⁸. También la utilización de las análogas formulaciones de «poder

⁴² BREUER (nota núm. 24), p. 870; FROTSCHER (nota núm. 15), pp. 137 y s.; SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29), p. 264; SCHNAPP (nota núm. 37), p. 890; Klaus STERN, *Staatsrecht*, I, 2.º ed., 1984, parágrafo 18 II 7 (p. 627).

⁴³ Fritz OSSENBÜHL, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, p. 196.

⁴⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974, p. 73; en términos parecidos, HERZOG, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, 1989, artículo 20, números marginales 47 y ss.

⁴⁵ OSSENBÜHL (nota núm. 43), p. 197.

⁴⁶ Véase al respecto OEBBECKE (nota núm. 29), pp. 78 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁷ ISENSEE, *HdBStR*, I, parágrafo 13, número marginal 13 (pp. 596 y s.).

⁴⁸ Al respecto Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p. 82.

estatal» (art. 1.1, párrafo 2.º, GG) y «poder público» (arts. 19 IV, 93 I nr. 4 a GG) de la Constitución difícilmente autoriza ulteriores conclusiones, dada la diferente función que corresponde a dichos conceptos en el correspondiente contexto ⁴⁹. Sólo un proceder teleológico parece prometer éxito.

En la medida en que el artículo 20.2 GG debe asegurar la conexión de toda la actuación estatal con la voluntad del pueblo, no resulta legítimo limitar el concepto a la actuación de *imperium*, debiendo más bien incluirse en él cualesquiera asunción y gestión de tareas ⁵⁰. Toda decisión ⁵¹ de un órgano o de un titular de un órgano es ejercicio de poder estatal. Debe excluirse la actividad únicamente de preparación de decisiones y las ayudas técnico-instrumentales para los centros de decisión ⁵², si bien debe rechazarse ⁵³, por contra, una general «reserva de bagatela» ⁵⁴. Las decisiones de, por ejemplo, la asociación de caza sobre arrendamiento colectivo o utilización de la caza o sobre la distribución de la renta entre los miembros ⁵⁵ suponen, por tanto, ejercicio de poder estatal.

La legitimación institucional y funcional determinan democráticamente en qué marco organizativo y en qué asuntos deben adoptarse decisiones. El sentido de la decisión es cuestión que debe ser legitimada personalmente.

Esta investigación se ocupa de los requerimientos jurídico-constitucionales de la legitimación organizativa de la autoadministración no municipal. La doctrina y la jurisprudencia han precisado más detenidamente, por relación al supuesto de la autoadministración municipal, sobre todo las exigencias jurídico-constitucionales de la legitimación personal-organizativa, toda vez que las dimensiones institucional y funcional de la misma son menos problemáticas por razón de las decisiones previamente adoptadas por la Constitución, especialmente en el artículo 28.1, párrafo 2.º, y 2 GG; desde el pueblo hasta los órganos actuantes debe existir una ininterrumpida cadena de legitimación ⁵⁶. Esta

⁴⁹ OEBBECKE (nota núm. 29), pp. 78 y s.

⁵⁰ VerfGH NW, DVBl, 1986, 1196 (1197); E. W. BÖCKENFÖRDE, HdbStR, I, párrafo 22, números marginales 12 y s. (p. 895); EHLERS, JZ, 1987, 219; STÖBER (nota núm. 6), p. 35; HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 54, propugna la inclusión sólo de los «actos de *imperium* unilaterales y vinculantes».

⁵¹ E. W. BÖCKENFÖRDE, HdbStR, I, párrafo 22, número marginal 13 (nota núm. 29), p. 79, con ulteriores referencias.

⁵² E. W. BÖCKENFÖRDE, HdbStR, I, párrafo 22, número marginal 13 (p. 895); OEBBECKE (nota núm. 29), pp. 82 y s., con ulteriores referencias; en términos escépticos EHLERS, JZ, 1987, 219.

⁵³ OEBBECKE (nota núm. 29), p. 83, con ulteriores referencias; EHLERS, JZ, 1987, 219.

⁵⁴ En este sentido BVerfGE, 47, 274.

⁵⁵ Véase párrafos 9 y ss. BJagdG.

⁵⁶ HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 53.

cadena de legitimación tiene que ser lineal; no puede cerrarse de forma tal que tenga lugar una legitimación recíproca⁵⁷.

III. LA NECESIDAD DE LEGITIMACION DEMOCRATICA DE LA AUTOADMINISTRACION NO MUNICIPAL

Teniendo en cuenta la importancia práctica de la autoadministración no municipal, sorprende la medida en que discrepan las opiniones sobre si los requerimientos propios de la legitimación democrática —desarrollados sobre todo con relación al modelo de la autoadministración municipal— tienen vigencia también en este campo. Especialmente controvertida es la aplicación de los principios de la legitimación organizativo-personal a las corporaciones de autoadministración no municipal.

Los contradictores de la aplicación a estas organizaciones de los requerimientos organizativos basados en el artículo 20.2 GG aplican esta disposición sólo a la Federación y los *Länder* y también, por razón de la similitud estructural, a los Municipios. El principio democrático no tendría así aplicación a ninguna otra organización de autoadministración⁵⁸, legitimándose éstas sobre la base de los derechos fundamentales⁵⁹. La legitimación democrática se produce en estos casos únicamente a través de la Ley estatal y la supervisión estatal⁶⁰; en tanto que de esta forma resta un déficit de legitimación, la creación de este tipo de organizaciones de autoadministración precisaría de una justificación especial y no podrían atribuírsele tareas que afecten en medida relevante a la generalidad. Los cometidos, la organización y las competencias deberían ser determinados por prescripciones legales de «relativo detalle», cuya observancia quedaría asegurada mediante el pertinente control jurídico⁶¹.

Contra esta negativa concepción y en favor de la inclusión también de la autoadministración no municipal en el ámbito de aplicación del artículo 20.2 GG, aboga, en primer lugar, el propio tenor literal de la Constitución. En la medida en que las organizaciones de la autoadministración no municipal ejerzan «poder del Estado», deben responder a los requerimientos del artículo 20.2 GG. Contra la eficacia general del artículo 20.2 GG no cabe aducir el artículo 28.1, párrafo 2.º, GG⁶², puesto que éste sólo impone la eficacia del principio democrá-

⁵⁷ VerfGH NW, *DVBt*, 1986, 1196 (1198); EHLERS, *JZ*, 1987, 222.

⁵⁸ BREUER (nota núm. 24), p. 878; SALZWEDEL (nota núm. 6), p. 17.

⁵⁹ ISENSEE, *VVDStRL*, 32, 96 y s.; siguiéndole, BIRKENHEIER (nota núm. 4), pp. 122 y s.; SCHINK, *DVBt*, 1988, 425; con precaución actualmente ISENSEE, *KritV*, 1987 299 (306).

⁶⁰ BIRKENHEIER (nota núm. 4), p. 114; BREER (nota núm. 3), p. 110.

⁶¹ E. W. BÖCKENFÖRDE, en *HdbStR*, I, parágrafo 22, número marginal 34 (p. 909).

⁶² KLUTH, *DVBt*, 1986, 722.

tico para las corporaciones en él mencionadas. El artículo 28.1, párrafo 2.º, GG dispone para los *Länder*, los Distritos («Kreise») y Municipios lo que el artículo 38.1 GG prescribe para la Federación. El contenido del artículo 28.2, párrafo 2.º, GG no es idéntico al del artículo 20.2 GG, sino que concreta la exigencia democrática para las corporaciones en él mencionadas, en el sentido de exigir que éstas cuenten con una «representación» y sujetar a determinados requerimientos la elección de ésta última. En cuanto tales, estas específicas exigencias del artículo 28.1, párrafo 2.º, GG no valen para la autoadministración no municipal y, por contra, las generales del artículo 20.2 GG también deben ser cumplidas por la autoadministración corporativa no territorial.

La autoadministración no municipal necesita de la legitimación organizativa por el Estado para el ejercicio de poder del Estado en sentido funcional e institucional y por regla general cuenta desde luego con ella. Los cometidos, las competencias y la organización son determinados por la Ley o, de acuerdo con la Ley, por acto jurídico de un órgano estatal legitimado personalmente en forma democrática para ello. Sólo en el marco así determinado se ejerce autoadministración y precisa ésta, en la medida en que supone al mismo tiempo ejercicio de poder estatal, de legitimación democrática personal, que el acto estatal de creación por sí mismo no puede suministrar. Las determinaciones legales sustantivas u organizativas pueden, desde luego y en la medida en que sean suficientes para ello, disminuir la necesidad de legitimación; pero la legitimación democrática personal sólo llegaría a ser superflua en el caso de programación completa de la actividad administrativa, en términos, pues, que no serían posibles en la práctica, ni serían legítimos constitucionalmente. Quizá con la excepción de las instituciones de radiodifusión, no parece dudoso que las organizaciones de autoadministración no municipal ejercen poder estatal⁶³. La legitimación organizativo-personal sólo puede provenir del pueblo de la asociación o corporación⁶⁴. El reconocimiento también de la autoadministración no municipal como tipo de Administración, que se deduce de la Constitución en general⁶⁵, lleva implícita la autorización de esta base de legitimación y, con ella, la reducción del pueblo del Estado a la legitimación institucional y funcional. El legislador está apoderado para la delimitación de un pueblo de la asociación o corpora-

⁶³ FRIAUF (nota núm. 6), p. 65; KLOEPFER (nota núm. 6), pp. 38 y ss.; PEINE (nota núm. 6), p. 25; SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29), pp. 258 y s.; STOBER (nota núm. 6), p. 35.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, BROHM, *VDDStRL*, 30, 270 y s.; EHLERS, *JZ*, 1987, 221; FRIAUF (nota núm. 6), p. 80; FROTSCHER (nota núm. 15), pp. 144 y s.; HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 56; SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29), pp. 257 y 263; STOBER, *GewA*, 1988, 148, y Peter J. TETTINGER, *Mitbestimmung in der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot*, 1986, pp. 39 y s.

⁶⁵ *BVerfGE*, 33, 125 (157); TETTINGER (nota núm. 64), p. 37; HENDLER, *DÖV*, 1986, 679.

ción llamado a la legitimación democrática, y de esta forma, para una limitada descentralización del proceso de legitimación, pero no así para la generación de un enclave exento de estos requerimientos. La pretensión de eficacia universal del artículo 20.2 GG se opone a una renuncia a la aplicación de las reglas de la legitimación democrática. En la inaplicabilidad de los principios de la legitimación personal-organizativa, en su día sostenida incluso para la autoadministración municipal, nos sale al paso, en unos términos dogmáticos específicos, la entretanto superada tesis de la antinomia entre democracia y autoadministración y del carácter no estatal, sino social de ésta última⁶⁶. Pero tampoco aquí tiene capacidad de convencimiento.

El establecimiento y la atribución de cometidos y competencias, así como la determinación de la organización de la autoadministración no municipal, debe observar esta base de legitimación, por definición diferenciada, porque de ella derivan los límites sin duda más importantes para la legitimidad de la creación de este tipo de asociaciones o corporaciones; debe existir correspondencia⁶⁷ entre los cometidos y la organización de la asociación o corporación, la delimitación del «pueblo» de ésta y el alcance de su interés sectorial, de la «relevancia del grupo susceptible de aislamiento»⁶⁸. Por ello, sólo dentro de estrictos límites cabe admitir una actividad de la asociación o corporación frente a terceros⁶⁹. La antes mencionada prohibición de la gestión por autoadministración de «asuntos estatales básicos», por ejemplo, tiene su razón de ser en la falta de la aludida correspondencia entre generalidad de la afección y legitimación necesariamente limitada de la autoadministración. La admisibilidad de la creación de corporaciones de autoadministración termina allí donde ya no quepa otorgar cobertura mediante prescripciones legales o en cualquier otra forma a la, en cierta medida, irremediable dispersión de la afección por los asuntos de que se trate. La peculiar base de la legitimación democrática debe tenerse en cuenta también a la hora de la determinación del alcance que debe otorgarse a la reserva de Ley parlamentaria o al igualmente estatal y, por ello, globalmente legitimado Reglamento frente a la normación legitimada corporativamente. Precisa regulación estatal todo cuanto, más allá del pueblo de la asociación o corporación, incida de forma rele-

⁶⁶ Véase, por ejemplo, BIRKENHEIER (nota núm. 4), pp. 118 y s.; Karl A. LAMERS, *Repräsentation und Integration der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts*, 1977, pp. 69 y s., 83 y ss.; ISENSEE, *VVDStRL*, 32, 96; KLOEPFER (nota núm. 6), pp. 55 y ss.; sobre el problema, véase FROTSCHER (nota núm. 15), pp. 134 y ss.; HENDLER (nota núm. 12), pp. 302 y ss.; STOBER (nota núm. 6), pp. 35 y ss.

⁶⁷ Sobre ello, por ejemplo, HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 59; KLUTH, *DVBt*, 1986, 721, nota núm. 86; OEBBECKE (nota núm. 29), p. 90; OBERMAYER, *RiA*, 1973, 83.

⁶⁸ BREUER, *Verwaltung*, 1977, 1 (27).

⁶⁹ Llegando desde luego demasiado lejos *BVerfGE*, 7, 17 (28).

vante en terceros o en la generalidad, en el Estado ⁷⁰. La cuestión de lo que sea relevante en tal sentido, decisiva en la altamente interdependiente sociedad industrial, considerando la, en último término, total imbricación en ella de todos los ámbitos de la realidad, debe ser decidida —en calidad de «esencial»— por el legislador parlamentario; la autoadministración no debe delimitar autónomamente su propio campo de acción.

La afiliación o adscripción obligatoria no es decisiva para la aplicabilidad de los principios de la legitimación democrática ⁷¹. Prescindiendo del hecho de que la adscripción forzosa es todo menos un criterio convincente ⁷², conforme al artículo 20.2 GG, lo único decisivo es el ejercicio de poder estatal. Como regla general y a la hora de la delimitación del «pueblo» de la asociación o corporación, el legislador debe utilizar, desde luego, supuestos de hecho objetivos para la acotación del interés sectorial a gestionar por la corporación de autoadministración y, por ello, no puede remitirse a la manifestación de la voluntad de incorporación o adscripción o datos similares. Sin embargo, el caso de las Universidades ⁷³ muestra que esta regla tiene excepciones; también las Cámaras de Industria y Comercio o la Aseguradora de Pensiones conocen los miembros voluntarios, cuya participación en la legitimación es irrenunciable ya incluso por razones de igualdad de trato ⁷⁴.

IV. LA DELIMITACION DEL PUEBLO DE LA CORPORACION

Ya se llamó la atención sobre el hecho de que la delimitación del pueblo de la corporación debe corresponder con el cometido de la corporación de autoadministración. En el marco acotado, el legislador goza de amplia libertad, sólo limitada, como regla, por los derechos fundamentales y, principalmente, el principio de igualdad ⁷⁵. Esta libertad le permite prever contribuciones mínimas, por ejemplo, para ser miembro de corporaciones o asociaciones de aguas ⁷⁶. Legítima esta

⁷⁰ Cfr. *BVerfGE*, 33, 125 (158 y ss.); BROHM, *VVDStRL*, 30, 271; KLUTH, *DVBt*, 1986, 722 y s.; MEYN, *DVBt*, 1977, 597 y ss.; OSSENBÜHL, *HdbStR*, III, parágrafo 66, números marginales 24-34 (pp. 474 y ss.).

⁷¹ BROHM, *VVDStRL*, 30, 270; de otra opinión, HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 58; BETHGE, *VSSR*, 1980, pp. 242 y ss.

⁷² OEBBECKE, *NVwZ*, 1988, 393 (397).

⁷³ La jurisprudencia no las considera como corporaciones de adscripción forzosa (Tribunal Administrativo de Friburgo, *NJW*, 1976, 534).

⁷⁴ TETTINGER [(nota núm. 64), p. 40] llama la atención sobre el hecho de que, en el caso de los Colegios de Arquitectos, la delimitación del círculo de miembros forzosos es muy desigual en los distintos *Länder* de la Federación.

⁷⁵ Así también HENDLER, *DÖV*, 1986, 684 y s., para la cuestión de la participación de los trabajadores por cuenta ajena en los Colegios profesionales.

⁷⁶ Así el parágrafo 6.2 de la Ley de la Asociación Lippe.

limitación el interés en la transparencia de la condición de miembro y en el mantenimiento en límites razonables del esfuerzo para la formación de la voluntad de la corporación. Tampoco es cuestionable constitucionalmente la restricción de la condición de miembros del seguro legal de enfermedad a los asegurados, con exclusión de los familiares con ellos asimismo cubiertos por el seguro⁷⁷, que encuentra justificación en el mantenimiento de la relación entre carga de los costes y poder de participación en la decisión⁷⁸.

Por sus ya mencionadas conexiones con el debate sobre el derecho electoral de los extranjeros, merece especial atención la cuestión acerca de si, de acuerdo con la Constitución, los extranjeros deben ser excluidos de la legitimación de la autoadministración no municipal. Es de gran importancia práctica, por igual, para las Universidades, las Cámaras de la economía, los Colegios profesionales, las organizaciones de seguridad social y las corporaciones reales. Por ejemplo, es relativamente restrictivo el parágrafo 6.1 de la Ley de Renania del Norte-Westfalia sobre Cámaras agrarias, que limita la condición de miembro del pueblo de la corporación a los propietarios de explotaciones que sean alemanes o nacionales de uno de los Estados partes en el Tratado europeo sobre derecho de establecimiento⁷⁹. Otras regulaciones legales, concurriendo los requisitos materiales, no diferencian con toda naturalidad por razón de la nacionalidad⁸⁰. En lo que sigue se trata de la legitimidad de estas regulaciones, es decir, de si, por razones constitucionales, el legislador o sobre la base por él generada debe dejar fuera de consideración a los extranjeros a la hora de la determinación del sujeto legitimador o, dicho de otro modo, de si no deben ser incluidos dichos extranjeros en el pueblo de la corporación, del que deriva el poder estatal a ejercitar por la organización de autoadministración.

En la discusión sobre la legitimación democrática y la interpretación de las prescripciones constitucionales pertinentes deben diferen-

⁷⁷ A. A. DIEMER, *SGb*, 1982, 432 (436).

⁷⁸ En términos críticos respecto de la exclusión de las Cámaras de trabajadores de aquellos que no son «maestros» en el oficio, Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *Interessenzuordnung im Handwerk*, 1980, p. 29; Detlef PERNER, *Mitbestimmung im Handwerk*, 1983, pp. 210 y ss.

⁷⁹ El Derecho de las Cámaras agrarias se aparta de las regulaciones comparables, en la medida en que reserva la condición de miembro de la Cámara agraria para los representantes electos; según esta terminología, el agricultor individual sólo está legitimado para elegir, pero no es miembro de la corporación. De modo consecuente, se le hace participar en la financiación de la Cámara no con una «contribución», sino sólo con un «reparto» o una «derrama» (véase la Ley de Renania del Norte-Westfalia reguladora de dicho reparto). Materialmente hablando, sin embargo, el derecho a elegir supone la condición de miembro y el «reparto» o la «derrama» representa una contribución al sostenimiento económico de la corporación.

⁸⁰ Cfr. el parágrafo 90.2 del Reglamento sobre artesanía [la nacionalidad alemana es, no obstante y conforme al parágrafo 97.1, num. 1.d) de dicho Reglamento, requisito de elegibilidad]; el parágrafo 2.1 IHKG; el parágrafo 11 WissHG NW; el parágrafo 2.1 HeilBerG NW.

ciarse distintas concepciones del pueblo: el pueblo del Estado como la suma de los nacionales, el pueblo de la corporación representado por los electos, el pueblo activo participante en la elección de los representantes y directamente en decisiones de la corporación y el pueblo alemán en el sentido del artículo 116 GG⁸¹. La Constitución no ultima la definición del contenido de ninguno de estos conceptos de pueblo, conteniendo sólo reglas materiales más o menos concretas y regulaciones organizativas para su determinación ulterior. Así el artículo 33.1 GG contiene, junto al principio electoral de la generalidad (arts. 38.1 y 28.1, párrafo 2.º, GG), prescripciones sobre la delimitación del pueblo activo en la Federación, los *Länder* y los Municipios. El artículo 29.2 o el artículo 38.3 GG contienen determinaciones organizativas para la delimitación de los pueblos de las corporaciones que son los *Länder*, así como del pueblo activo en la Federación.

Muy tempranamente se ha llamado la atención sobre el hecho de que los artículos 20.1 y 20.2, párrafo 2.º, GG no parten del mismo concepto de pueblo⁸²; el número 1 se refiere al pueblo de la corporación y el número 2, por contra, al pueblo activo⁸³ y, concretamente, al correspondiente pueblo corporativo y al correspondiente pueblo activo⁸⁴. En relación con la cuestión de la participación de extranjeros en el proceso de legitimación democrática, es importante sobre todo el dato de la existencia de una relación entre el pueblo de la corporación y el pueblo activo en el sentido de que el primero marca el límite máximo para la determinación del segundo. El que no pertenece al pueblo de la corporación no puede formar parte del pueblo activo⁸⁵. La legitimación de la democracia se perdería en el caso de que el derecho electoral se concediera a ajenos a la corporación⁸⁶.

Según esto es decisivo si los extranjeros pueden pertenecer al pueblo de la corporación⁸⁷. La respuesta a este interrogante debe ser ne-

⁸¹ Al respecto, BREER (nota núm. 3), pp. 61 y s.; HUBER (*DÖV*, 1989, pp. 531 y ss.) prescinde de esta diferenciación.

⁸² Von MANGOLDT/KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, 2.ª ed., 1958, artículo 20, acotación V 4 c y 5 a; LAMERS (nota núm. 66), p. 33; Josef ISENSEE, *VVDStRL*, 32 (1973), 92 nota núm. 109; von LÖHNEYSEN, *DÖV*, 1980, 330 (333); SCHINK, *DVBt*, 1988, 420, con ulteriores referencias.

⁸³ BREER (nota núm. 3), p. 63; SCHINK, *DVBt*, 1988, 420; en la doctrina se habla también por relación al artículo 20.2, párrafo 2.º, GG de la «ciudadanía activa», véase Klaus STERN, *Staatsrecht II*, 1980, parágrafo 25 II 3 (pp. 24 y s.), con ulteriores referencias.

⁸⁴ Así se considera incluso por aquellos que sólo entienden por «pueblo» en el sentido del artículo 20.2, párrafo 1.º, GG, precisamente el pueblo alemán; cfr., por ejemplo, BIRKENHEIER (nota núm. 4), pp. 30 y s., en la que se advierte sobre la imposibilidad del añadido «alemán», en el artículo 20.2, párrafo 1.º, GG, ya sólo por razón de que el precepto se refiere al pueblo correspondiente en cada uno de los *Länder* de la Federación. En sentido similar LAMERS (nota núm. 66), p. 54.

⁸⁵ BIRKENHEIER (nota núm. 4), pp. 22 y s., con ulteriores referencias; el pueblo en el sentido del artículo 20.2, párrafo 2.º, GG, es siempre sólo un «segmento» del pueblo en el sentido del artículo 20.2, párrafo 1.º, GG.

⁸⁶ ISENSEE, *VVDStRL*, 32 (1973), 93; BIRKENHEIER (nota núm. 4), p. 211.

⁸⁷ Las alusiones al margen de maniobra del legislador, por ejemplo, con relación a la edad

gativa, y por razones constitucionales diferentes, por lo que hace a la Federación, los *Länder* y los Municipios: en el caso de la Federación, la no pertenencia al pueblo de la corporación deriva precisamente de la condición de extranjero; en el de los *Länder*, los Distritos («Kreise») y los Municipios y de *constitutione lata*, resulta del imperativo de homogeneidad del artículo 28.1, párrafo 1.º, GG⁸⁸, pero también de la competencia universal de estas corporaciones territoriales, que debe corresponder con la afección general de los ciudadanos⁸⁹.

Del artículo 20.2, párrafo 1.º, GG, nada cabe deducir en orden a la ilegitimidad de la inclusión de extranjeros en el pueblo de la corporación de las entidades de autoadministración no municipal; el constituyente, a los efectos del orden democrático⁹⁰ y de su organización, ha renunciado correctamente en esta norma constitucional a determinar el correspondiente sujeto legitimador, en términos de detalle idénticos a como procede en el caso del *pouvoir constituant* de la Ley Fundamental en el preámbulo de ésta y en el artículo 1.2 GG o de dicho mismo poder constituyente en una posible Constitución de la Alemania reunida en el artículo 146 GG⁹¹. La invocación del pueblo «parcial» refleja la correcta tesis, para las corporaciones territoriales mencionadas en el artículo 28.2, párrafo 1.º, GG, de que «el círculo perteneciente al pueblo... ha de determinarse siempre en forma igual, aunque vinculada territorialmente»⁹²; encierra el peligro, allí donde «pueblo parcial» se emplee como sinónimo de «pueblo de la corporación», de que el aplicador del Derecho acepte —siguiendo su sugestión semántica— que también en otros casos sólo pueda procederse a la determinación del sujeto legitimador mediante división⁹³. Con razón esto

para el derecho de sufragio o al derecho de residencia en el territorio federal y su duración, tal como ocasionalmente se hacen en relación con la discusión sobre el derecho de sufragio de los extranjeros, se refieren, por contra, a la delimitación del pueblo activo.

⁸⁸ ISENSEE, *VVDStRL*, 32 (1973), 96 con nota núm. 117; ISENSEE, *KritV*, 1987, 300 y 306; STERN (nota núm. 42), párrafo 8 III 3; BIRKENHEIER (nota núm. 4), p. 118; de otra opinión para el caso de los Municipios, SCHWERTFEGER, *Dictamen* 53 DJT (1980), p. A 110; von LÖHNESEN, *DÖV*, 1980, 330 (332); ZULEEG (nota núm. 3), pp. 172 y s.; esta posición desconoce que los Municipios son parte integrante de la estatalidad de los *Länder*, de suerte que éstos están vinculados en el territorio de los Municipios a la gestión municipal (cfr. art. 78 II de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia).

⁸⁹ Cfr. PAPIER, *KritV*, 1987, 309 (313).

⁹⁰ Cfr. GRAWERT, *HdbStR*, I, párrafo 14, número marginal 22 (p. 673); PEINE (nota núm. 6), p. 26, habla del «imperativo general de la democracia».

⁹¹ Ya en BREER (nota núm. 3), p. 67, este argumento contra la ampliación del concepto de pueblo (limitado a los alemanes) de las citadas determinaciones constitucionales a la discusión sobre el derecho de sufragio de los extranjeros. BIRKENHEIER (nota núm. 4), p. 32, desconoce en esta misma medida que al *pouvoir constitué* no le está prohibido —dentro de los límites del Derecho internacional aquí no afectados— sobrepasar su propia base de legitimación en la delimitación de los pueblos de las corporaciones o prever la posibilidad de tal extravasación para ámbitos parciales.

⁹² STERN (nota núm. 83), párrafo 25 II 3 nota núm. 108 a.

⁹³ Lo mismo vale para el término «parte del pueblo» (KLUTH, *DVBt*, 1986, 719); en favor de «pueblo de la corporación» en vez de «pueblo parcial», ya BROHM, *VVDStRL*, 30, 269 y s. en nota núm. 68.

no se admite para la autoadministración no municipal aquí estudiada. Consecuentemente, en principio es legítimo el reconocimiento del derecho de sufragio a extranjeros en las corporaciones de autoadministración no municipal⁹⁴.

V. REQUERIMIENTOS CONSTITUCIONALES AL PROCEDIMIENTO ELECTORAL

1. REQUERIMIENTOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA DE UNA ELECCIÓN

La elección es la forma central de transmisión de legitimación democrática organizativo-personal. Mientras en las elecciones en la Federación y los *Länder* o para las representaciones integrantes de los Municipios la existencia misma de una elección no es, en cuanto tal, problemática, las llamadas elecciones de «paz» para la integración de los órganos de autoadministración de la seguridad social plantean la cuestión de las exigencias constitucionales mínimas respecto de las «elecciones». Según el parágrafo 46.3 SGB IV, las listas de candidatos se entienden elegidas, sin necesidad de votación por parte de los asegurados, cuando sólo haya sido admitida una sola lista o, aun habiéndose admitido varias, en ellas no figure mayor número de candidatos que de electos a proclamar. Esta determinación persigue ahorrar el esfuerzo ligado al desarrollo del proceso electoral. El elector individual tiene a su disposición la posibilidad, caso de no estar de acuerdo con este procedimiento, de provocar la completa realización del proceso, incluida la votación, mediante la presentación de una candidatura, para lo cual se requiere —en función del tamaño de la organización de seguridad social de que se trate— hasta 2.000 firmas (parágrafo 48.2 SGB IV)⁹⁵.

En el Derecho electoral local es conocida la cuestión de si es admisible una elección relativa sobre la base tan sólo de una lista; allí se le da una respuesta negativa apelando al principio de libertad de elección⁹⁶. Por diferencia con la elección de «paz», en estos casos tenía lugar una actuación electoral, en la que, de todas formas, la libertad de decisión del elector se reducía a la alternativa «elección inválida o refrendo», con la consecuencia de que la única candidatura resultaba elegida en cualquier caso. Un procedimiento de este tipo debe ser en-

⁹⁴ ISENSEE, *VVDStRL*, 32, 97; STERN (nota núm. 42), parágrafo 8 III 3 (p. 274); SCHWERDT-FEGER (nota núm. 88), p. 116; Tribunal Administrativo de Lüneburg, *DÖV*, 1985, 1067 (1069).

⁹⁵ Cfr. BT-Drucks 7/4244, p. 34.

⁹⁶ HessStGH, *ESVGH*, 21, 113 y ss.; en este sentido también H. MEYER, *HdbStR*, II, parágrafo 38, número marginal 19 (p. 280); la infracción de la libertad no reside en la limitación, no desconocida para nuestro Derecho constitucional (ver nota núm. 98), a una sola propuesta o candidatura, sino en la imposibilidad de rechazar tal propuesta o candidatura.

juiciado a la luz del principio de libertad de elección, pudiendo ser pertinente al caso, pero difícilmente convincente, la referencia que a la deficiente aplicabilidad a las organizaciones de la seguridad social de los principios electorales de los artículos 28.1, párrafo 2.º, y 38.1 GG⁹⁷ hace el Tribunal Federal de lo Social para la determinación de la constitucionalidad de las elecciones de «paz»; en estas elecciones falta, más bien, un acto electoral y la cuestión reside en el problema previo de si realmente concurre una elección a la que pudieran aplicarse los principios electorales⁹⁸.

En supuestos idóneos no necesariamente hay que entender ilegítima la manifestación tácita del refrendo de una candidatura. Pero cada elector individual debe poder tener la posibilidad de emitir una declaración electoral propia disidente; toda colectivización de la decisión electoral debe reputarse extraña a la Constitución. El párrafo 46.3 SGB IV es, según esto, inconstitucional⁹⁹. En los casos contemplados por esta disposición cabe también conseguir, en términos conformes con el orden constitucional, una razonable restricción del esfuerzo requerido por las elecciones, mediante el procedimiento, por ejemplo, de remitir la documentación para el voto por correo únicamente a requerimiento de los electores. Cuestión distinta es la de si, desde el punto de vista jurídico-político, no sería solución más adecuada al menor espacio de juego de la autoadministración¹⁰⁰ y los problemas de publicidad de una autoadministración corporativa en la seguridad social, la de una organización en forma de establecimiento público en la que los órganos fueran cubiertos, sobre la base de propuestas de los grupos interesados, por la Federación, el *Land* o también los Municipios.

⁹⁷ B5G 36, 242 (243 y ss.); en sentido positivo TANNEN, *DRV*, 1974, 108 (110); KRAUSE, en *GK-SGB IV*, 1978, párrafo 46, números marginales 25 y s.; también, en sentido contrario, BETHGE, *VSSR*, 1980, 237 (242 y s.).

⁹⁸ De criterio distinto *BVerfGE*, 13, 1 (17 y s.), pronunciamiento en el que se aplica el principio de la libertad de elección. Hasta ahora la jurisprudencia del *BVerfGE* prácticamente no se ha ocupado del concepto de elección. *BVerfGE*, 47, 276 intenta una determinación del mismo: «Votaciones..., a través de las cuales se seleccionan una o más personas de entre un más amplio círculo de personas». Esta definición es claramente demasiado restrictiva; basta con la referencia al artículo 63.1 GG.

⁹⁹ HAVERKATE, *VVDStRL*, 46, 238; DIEMER *SGb*, 1982, 432 (435 y s.); STOBER, *GewA*, 1988, 148; deja traslucir dudas *BVerfGE*, NJW, 1986, 1094 y s.; de otra opinión BT-Drucks 7/4244, p. 15. Para las Cámaras de Industria y Comercio, el Tribunal Federal Administrativo (*GewA*, 1980, 296 y s.) ha declarado, sobre la base del párrafo 5 IHKG, la disconformidad a Derecho de las elecciones de «paz»; en contra FRENTZEL/JÄKEL/JUNGE, *Industrie und Handelskammergesetz*, 4.ª ed., 1982, párrafo 5, acotación 4 kk. Por lo que hace a las Comisiones con competencias decisorias, los mismos reparos podrían valer para el párrafo 42 VI GO NW, conforme al cual en el caso de acuerdo entre las fracciones o grupos partidarios sólo procede la elección para la integración de las Comisiones cuando discrepe un quinto de los miembros de la Comisión; es poco convincente la reflexión hecha para un caso comparable por el *BVerfG* [*DVBt*, 1988, 200 (202)], según la cual no se está ante una cuestión de legitimación, sino de competencia personal.

¹⁰⁰ Al respecto, por ejemplo, BT-Drucks 7/4244, pp. 5 y s.; WERTENBRUCH, en «Soziale Sicherung durch soziales Recht», *Festschrift für Hans Peters*, 1975, p. 214; SCHNAPP (nota núm. 37), pp. 892 y ss.; *BVerfGE*, 39, 302 (313).

2. GENERALIDAD E IGUALDAD DE LA ELECCIÓN

Los principios del Derecho electoral no rigen *qua* artículo 28.1 ó 38.1 GG para las elecciones en corporaciones de autoadministración no municipal ¹⁰¹. Inmediatez en la elección puede tenerse por obligatoria, incluso en los Municipios, únicamente para la integración de la representación, no resultando exigible más allá de los supuestos constitucionalmente previstos ¹⁰². En relación con el secreto y la libertad de elección, no puede renunciarse a determinadas exigencias mínimas, si es que la elección debe ser válida para la legitimación democrática. De ahí que sean inadmisibles la coacción para el ejercicio del derecho de sufragio en preciso sentido o la propaganda para la reelección realizada por los propios órganos ¹⁰³ y debe ser posible la votación secreta cuando menos a instancia de electores concretos.

Importancia práctica mayor para el Derecho de la autoadministración no municipal tienen los principios de generalidad e igualdad, que, en cuanto manifestaciones del principio general de igualdad, exigen vigencia más allá de los principios constitucionales del Derecho electoral ¹⁰⁴. Mientras que los Colegios profesionales acomodan su Derecho electoral a estos principios ¹⁰⁵, las menos homogéneas asociaciones o uniones ofrecen otras regulaciones: la generalidad de la elección resulta afectada por estas regulaciones cuando determinados grupos del pueblo de la asociación quedan privados del derecho de sufragio y, con ello, excluidos del pueblo activo, como es el caso de los aprendices en las Cámaras de artesanos ¹⁰⁶. Se afecta la igualdad de la elección cuando se fijan números mínimos ¹⁰⁷ y máxi-

¹⁰¹ BSGE 36, 242 (243 y s.); BETHGE, VSSR, 1980, 237 (242); por ello BVerfG, NJW, 1986, 1093, apoya con razón su argumentación en el artículo 3 GG; de otra opinión DIEMER, SGB, 1980, 432 (435).

¹⁰² BVerfGE, 47, 253 (275).

¹⁰³ ROTERS, en von Münch, *GG-Kommentar*, 2.ª ed., 1983, número marginal 26.

¹⁰⁴ BVerfG, NJW, 1986, 1093; el VerfGH NW (EiLD LKT NW 1988, 91) reconoce ciertamente al legislador una mayor libertad de configuración que el BVerfG [p. ej., E60, 162 (168)]; en el Derecho electoral aplicable a las «corporaciones políticas», el BVerfG, 51, 222 (234 y s.), sobre la base de los artículos 28.1, párrafo 2.º, y 38.1 GG, pretende aplicar de forma estricta los principios del Derecho electoral. En la misma medida en que convence desde luego esta solución en el caso concreto, resulta poco convincente la delimitación de la «corporación política».

¹⁰⁵ Expresamente el párrafo 8.1, párrafo 1.º, HeilBerG NW; el párrafo 11.1 ArchG NW. Cfr. también el párrafo 64 BRAO.

¹⁰⁶ Véase al respecto, de un lado, el párrafo 90.2 y, de otro lado, los párrafos 93.1, 96 y 98 HandwO; los párrafos 97.1, párrafo 1.º d HandwO y 51.1, núm. 3 SGB IV excluyen a los extranjeros del derecho de sufragio pasivo, lo que SCHWERTFEGGER (nota núm. 88), p. 116, considera inconstitucional. Cfr. también BREER (nota núm. 3), p. 117.

¹⁰⁷ Según el párrafo 7.3, párrafo 1.º, LwKammerG NW, cada distrito electoral, con entera independencia de su importancia, debe estar representado con tres miembros en la Cámara. En las asociaciones o comunidades de aguas de Renania del Norte-Westfalia, reguladas por Leyes específicas, los grupos de delegados están representados, según cuotas mínimas, en el Con-

mos¹⁰⁸ de votos o cuando el valor de los votos se condiciona mediante cuotas por grupos¹⁰⁹, cual es usual sobre todo en las Universidades¹¹⁰. Incide asimismo en la igualdad del derecho de sufragio la creación de grupos electorales en las Cámaras de artesanos¹¹¹ y en las Cámaras de Industria y Comercio¹¹², que debe considerarse primariamente como una regulación procedimental equivalente a la determinación de distritos electorales.

La ya mencionada exclusión de los aprendices del derecho de sufragio en las Cámaras de artesanos se solapa parcialmente con la exclusión de menores de edad (parágrafo 96.1, párrafo 2.º, HandwO). En la medida en que también comprende mayores de edad es posible aducir «un motivo importante merecedor de reconocimiento»¹¹³ para la regulación, en tanto que la enseñanza del oficio sirve no sólo a la adquisición de habilidades y conocimientos prácticos, sino también a la socialización como artesano¹¹⁴. El carácter no cerrado de este proceso conduce a una regulación como la que se admite, por razones análogas, en el Derecho electoral general para los jóvenes.

En el caso de las corporaciones de autoadministración no municipal, el principio de la igualdad electoral puede partir de criterios de medida distintos a los del Derecho electoral general. Allí donde la condición de miembro comprende no sólo la persona en cuanto tal y por razón de sus características —cual sucede en las profesiones liberales—, sino que conecta con la cualidad de una persona por ejemplo como empresario o habilitado para la pesca, el Derecho electoral puede atenerse¹¹⁵ a los criterios correspondientes —el número de los trabajadores o el valor del derecho de pesca¹¹⁶—. Pero entonces, y en tanto que excepciones de la regla, las aludidas regulaciones sobre números mínimos y máximos de votos o la distribución regresiva de votos conforme al parágrafo 49.2, párrafo 2.º, SGB IV, precisan justifi-

sejo de la asociación o comunidad (así, p. ej., el parágrafo 16.1, párrafo 3.º, de la Ley de la asociación Lippe).

¹⁰⁸ En las asociaciones o uniones reguladas por Leyes específicas en Renania del Norte-Westfalia, está establecido un límite de dos quintos de los delegados (p. ej., parágrafo 12.2, párrafo 3.º, LINEGG).

¹⁰⁹ Según el parágrafo 93.1, párrafo 2.º, HandwO, la asamblea de la Cámara se compone, en un tercio y con independencia de la participación de los miembros, de representantes de los oficiales [a este respecto STOBBER (nota núm. 6) p. 42]; los grupos de miembros están representados por tercios en la asamblea de delegados de la asociación o unión de evacuación de residuos de Renania del Norte-Westfalia (cfr. el parágrafo 8 de la Ley sobre asociación de eliminación y saneamiento de residuos de Renania del Norte-Westfalia).

¹¹⁰ Así, por ejemplo, el parágrafo 23.2 WissHG NW.

¹¹¹ Parágrafo 93.2 HandwO.

¹¹² Parágrafo 5.3, párrafo 2.º, IHKG.

¹¹³ Klaus STERN (nota núm. 42), parágrafo 10 II 3 (p. 304).

¹¹⁴ Argumenta de forma similar *BVerfGE*, 11, 310 (321 y ss.).

¹¹⁵ En sentido distinto DIEMER, *SGB*, 1982, 432 (434 y s.).

¹¹⁶ Véase el parágrafo 49.2 SGB IV o el parágrafo 27.2 LFischG NW.

cación, que se deduce en éstas últimas de la idea de protección de las minorías. El criterio determinante tiene que ser siempre, en definitiva y en razón de la ya mencionada exigencia de correspondencia ¹¹⁷, el fin de la asociación o unión ¹¹⁸. Por ello, el legislador ha podido atribuir a cada miembro un voto en las comunidades de partícipes previstas en la Ley de saneamiento del espacio rural, con independencia de la superficie aportada (parágrafo 21.3, párrafo 1.º, FlurbG). Los cometidos de la comunidad de partícipes exigen la confianza de los afectados como personas, con independencia de la entidad de su afección.

La previsión de cuotas por grupos toma pie en otro plano de regulación; no se trata de regular la influencia en la provisión de cargos electivos, sino del número de los cargos a designar. Tales cuotas por grupos son inevitables allí donde el Derecho electoral anuda a criterios no mensurables, cual es el caso de la relación empresario/trabajador en las organizaciones de seguridad social ¹¹⁹. Los diferenciados criterios relativos a los distintos grupos deben ser puestos en una específica relación entre sí mediante una ordenación abstracta y valorativa. Pero las cuotas por grupos pueden también resultar precisas por razones de adecuación funcional ¹²⁰ o, incluso y cual sucede con las Universidades, por prescripción constitucional ¹²¹, con la finalidad de asegurar —en determinada medida— la consideración de los distintos intereses requirentes de ponderación en el marco del objeto de la asociación o unión y representados en el círculo de miembros. El desigual valor de los votos relacionados en estos casos con las cuotas por grupos es admisible, siempre que la cuota pueda ser justificada, en términos relativos, desde el objeto de la asociación o unión ¹²².

La creación, en cada elección y según criterios fijos, de grupos electorales debe considerarse un procedimiento más suave, en tanto que asegura la representación de grupos de miembros individualizados sin las distorsiones inevitables en el caso de cuotas fijas. La cláusula presente en la ordenanza del artesanado ¹²³ y en la Ley para la regulación provisional del Derecho de las Cámaras de la Industria y del Artesanado ¹²⁴, a tenor de la cual en la distribución de puestos entre los gru-

¹¹⁷ Parte III.

¹¹⁸ En favor de una amplia libertad de decisión del legislador, *BVerfGE*, 10, 89, (105 y ss.).

¹¹⁹ Véase el parágrafo 44.1, núm. 1, SGB IV; compárese también la composición de la asamblea de delegados de la asociación de eliminación de residuos de Renania del Norte-Westfalia (nota núm. 19).

¹²⁰ Cfr. el parágrafo 93.1, párrafo 2, HandwO, el parágrafo 46.2, párrafo 2.º, SGB IV, el parágrafo 192.1 AFG o, por ejemplo, las determinaciones sobre composición de los Consejos de las asociaciones o comunidades de aguas en Renania del Norte-Westfalia (así el parágrafo 16.1, núms. 1-5 de la Ley de la asociación Lippe).

¹²¹ *BVerfGE*, 35, 79 (126 y ss.); SCHMIDT-ASSMANN (nota núm. 29), p. 263; HENDLER (nota núm. 12), p. 310.

¹²² De modo parecido *VerfGH NW*, EilD LKT NW 1988, 91.

¹²³ Parágrafo 93.2, párrafo 2.º, HandwO.

¹²⁴ Parágrafo 5.3, párrafo 2.

pos «deben tenerse en cuenta las peculiaridades económicas del ámbito territorial de la Cámara y la significación global económica de los diferentes grupos» no es en modo alguno suficiente, sin embargo, como base normativa de la distribución. Algunos argumentos abogan en favor de estimar sujeta a reserva de Ley la fijación de las medidas de referencia para la ponderación de estos criterios ¹²⁵; cuando menos es exigible, no obstante, una determinación de tales medidas de referencia mediante norma autónoma, a los efectos de que la distribución sea reproducible jurídicamente.

3. LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS DE FORMULACIÓN DE PROPUESTAS O CANDIDATURAS

Con la utilización de derechos de propuesta o presentación de candidaturas, como medio técnico-jurídico para el cumplimiento de requerimientos de participación ¹²⁶, se aborda una regulación que es usual desde hace años en Renania del Norte-Westfalia, por lo que hace a las Cajas de Ahorro y que, si bien no es discutida jurídicamente, aún no ha sido impugnada judicialmente, no habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional del *Land*, en su decisión sobre el derecho de participación, sobre su conformidad a la Constitución, por razones procesales.

Está reconocido que los derechos de propuesta o presentación de candidaturas constituyen un medio legítimo de configuración; la configuración institucional tiene en él un instrumento de garantía de determinados intereses, que prevalece sobre disposiciones normativas materiales reguladoras del funcionamiento de la organización de autoadministración, siempre que éstas puedan formularse únicamente de forma muy abstracta. La fuerza vinculante viene determinada, de un lado, por la admisibilidad del rechazo de propuestas o candidaturas y, de otro lado, por la relación numérica entre propuestas o candidatos y cargos a cubrir. En el caso de inadmisibilidad del rechazo y de una relación numérica de 1:1, el derecho de presentación de candidaturas se transforma en un derecho de provisión, mientras que en el de facultad ilimitada de rechazo y de gran exceso de los candidatos, el derecho de presentación de candidaturas puede llegar a perder todo contenido. En esta relación dialéctica, puede pretender cierta plausibilidad como máximo admisible constitucionalmente una fuerza vinculante de la propuesta o candidatura que esté determinada por la ausencia de facultad

¹²⁵ En contra desde un punto de vista jurídico-público, FRENZEL/JÄKEL/JUNGE (nota núm. 99), parágrafo 5, acotación 4 kk.

¹²⁶ Compárese las regulaciones de las asociaciones o uniones mencionadas en la nota núm. 5 y, por ejemplo, el parágrafo 16.2 de la Ley de la asociación Lippe.

de rechazo y una relación numérica de 2:1 ¹²⁷. Por ello, la regulación sobre la provisión de los órganos del Instituto Federal para el Trabajo (parágrafo 195 AFG) está expuesta a serios reparos ¹²⁸, en tanto que estima suficiente una relación numérica de 1:1 sin derecho de rechazo ¹²⁹.

Pero también para el establecimiento de derechos de propuesta o presentación de candidaturas vale el imperativo de correspondencia. La consideración de los intereses de los trabajadores, por mucho que sea insoslayable (incluso jurídicamente) para cualquier Administración, no debería formar parte de los cometidos de las organizaciones de autoadministración con ocasión del ejercicio por éstas de poder estatal, ni tampoco poderse establecer organizativamente como cometido accesorio o fin secundario de la asociación o unión ¹³⁰. Cabe tener en cuenta para el funcionamiento de la asociación o unión, por contra, la capacidad profesional de los trabajadores ¹³¹; en todo caso, el imperativo del carácter lineal de la cadena de legitimación resulta insoslayable en la incorporación de representantes de los trabajadores «internos» ¹³².

VI. LA VIABILIDAD DE LA COBERTURA DE LOS ORGANOS CON TITULARES DE CARGOS NO LEGITIMADOS POR EL PUEBLO DE LA ASOCIACION O CORPORACION

El Derecho de la autoadministración no municipal conoce diferentes formas de la complementación con otras personas de los miembros elegidos por el pueblo de la asociación o corporación. En primer lugar, cabe citar la elección de segundo grado («Zuwahl»), en la que los miembros elegidos por el pueblo de la asociación o corporación cooptan otros ¹³³; el órgano de representación se compone, por tanto, de

¹²⁷ HERZOG (nota núm. 44), artículo 20, número marginal 55; EHLERS, *JZ*, 1987, 223; PEINE (nota núm. 6), p. 33; OVG Münster, Eild. LKT NW 1988, 242 (144 y s.); más restrictivamente FRIEBAUF (nota núm. 6), pp. 90 y ss.; KLOEPFER (nota núm. 6), pp. 42 y ss.; STOBER (nota núm. 6), p. 52. El BVerfG [E 26, 186 (196); 27, 312 (320 y s.)] ha entendido necesario un derecho de rechazo en el caso de una relación numérica de 1,5:1.

¹²⁸ Expresan también disconformidad con la organización interna de la institución mencionada DIEMER, *SGb*, 1982, 435; WERTENBRUCH (nota núm. 100), pp. 211 y s.

¹²⁹ Como acreditan los párrafos 197.2 y 198, núm. 3 AFG, aquí la Ley cierra el paso a la introducción, por vía interpretativa, de un derecho de rechazo.

¹³⁰ Sobre ello SCHMIDT-ASMANN (nota núm. 29), p. 263; HAVERKATE, *VVDStRL*, 46, 235; STOBER (nota núm. 6), p. 55; de opinión distinta desde luego PEINE (nota núm. 6), p. 38; la cuestión no se centra, como ha sido estudiado en otro contexto por Walter LEISNER (*Mitbestimmung im öffentlichen Dienst*, 1970, pp. 42 y ss.), en general en el «interés público», sino en muy concretos cometidos de la asociación o unión.

¹³¹ Véase EHLERS, *JZ*, 1987, 223; de otra opinión STOBER (nota núm. 6), p. 60.

¹³² De opinión distinta PÜTTNER, *DVBt*, 1986, 1198.

¹³³ Cfr. parágrafo 93.45 HandwO o parágrafo 13.2 LwKammerG NW (no exenta de toda duda constitucional la cuota mínima en favor de la mujer).

dos grupos, a los que une con el pueblo de la asociación o corporación una cadena de legitimación de longitud diversa. Con mayor frecuencia se da el supuesto de miembros de órganos, que si bien disponen de una legitimación democrática, ésta no procede del pueblo de la asociación o corporación, sino de una corporación territorial¹³⁴ o de otra organización de autoadministración no municipal^{135, 136}.

Cabe oponer reparos a la elección de segundo grado¹³⁷ como medio para asegurar la consideración de determinados intereses y la inclusión de concretas cualificaciones, en tanto no pueda acreditarse que el número de los cooptados es claramente inferior al de los miembros del órgano cooptantes¹³⁸ y que los cooptados son, por todo el tiempo del mandato, independientes respecto de sus electores, juntamente con los cuales forman el correspondiente órgano. De otro lado, las reglas relativas a la elección de segundo grado deben responder a un funcionalmente correcto cumplimiento del objeto de la asociación o unión. La elección de segundo grado no debe ser un medio para flexibilizar o disolver la vinculación del funcionamiento del órgano con el pueblo de la asociación o corporación.

La mezcla de líneas de legitimación a través de la provisión de órganos con miembros con legitimación diversa es admisible como medio para la asunción de distintos aspectos parciales del bien común¹³⁹ y no es extraña tampoco a la Constitución¹⁴⁰. Pero el legislador en función de organizador está también vinculado por el imperativo de la correspondencia y debe respetar el principio de igualdad. Así, la incorporación a las asociaciones o comunidades de aguas de represen-

¹³⁴ A la asamblea de delegados de la «Ertverband» pertenecen cuatro miembros expertos, de los cuales dos deben ser designados por los Distritos («Kreise») correspondientes al ámbito territorial de la asociación, uno por el Gobierno del *Land* y el cuarto por los servicios distritales de la Cámara agraria (parágrafo 15.2 ErftVG). En relación con los Distritos («Kreise»), esta regulación ha sido confirmada expresamente por el VerfGH NW [Eild. LKT NW 1988, 89 (91); en términos similares, ya antes BVerfGE, 10, 89 (106)].

¹³⁵ De las asambleas de las asociaciones o comunidades de aguas creadas por Leyes específicas forma parte un delegado enviado por la Cámara agraria (véase, por ejemplo, el parágrafo 12.2 de la Ley de la asociación Lippe); véase también nota núm. 79.

¹³⁶ Que la legitimación por el pueblo de la asociación o corporación sea desplazada completamente por estas otras formas de legitimación, tal como está previsto en el parágrafo 21.4 FlurbG o el parágrafo 46.4, párrafo 2.º SGB IV, debe admitirse en calidad de medida de supervisión excepcional; resulta dudoso, en todo caso, que tales disposiciones respeten las exigencias del principio de proporcionalidad referibles a la actuación de supervisión o control, si se tiene en cuenta el no muy elevado umbral de la injerencia y el carácter definitivo del desplazamiento de los miembros de la legitimación. En tono más crítico al respecto DIEMER, *SGB*, 1982, 432 (436).

¹³⁷ Respecto de la elección de segundo grado en las Cámaras de Industria y Comercio, véase BVerwG, *DVB*, 1963, 920; KRAUSE, *GewA*, 1964, 220; FRENTZEL/JÄKEL/JUNGE (nota núm. 99), parágrafo 5, acotación 2.

¹³⁸ No está exento de crítica constitucional el quinto posible según el parágrafo 93.4 HandwO.

¹³⁹ BVerfGE, 10, 89 (106); VerfGH NW, Eild. LKT NW, 1988, 89 (91); HEYEN, *DÖV*, 1988, 185 (191 y s.); OEBBECKE (nota núm. 29), p. 94.

¹⁴⁰ Artículos 54.3, 94.1, 95.2 GG.

tantes de las organizaciones de seguros de pensiones sería tan inadmisibles como sin duda lo son las diferenciaciones sobre la base de criterios excluidos por el artículo 3.3 GG.

Inadmisibles es la participación de miembros de órganos no legitimados democráticamente en el ejercicio de poder estatal ¹⁴¹. Todo el que tenga capacidad de decisión debe contar con legitimación democrática ¹⁴². Aquí radica el límite pertinente para la inclusión de grupos sociales y asociaciones de intereses. La formación de la voluntad social no puede proporcionar legitimación democrática alguna para el ejercicio de poder estatal. A sus exponentes puede otorgárseles participación consultiva en el ejercicio de poder estatal ¹⁴³; allí donde deban participar en la toma de decisiones y una tal participación sea compatible con el principio de correspondencia, es preceptivo el procedimiento de la elección de segundo grado o de la designación estatal sobre la base de las correspondientes propuestas o candidaturas. No es posible la aceptación de la intermediación de la legitimación organizativo-personal por asociaciones sociales, por razón de insuficiencia en la legitimación institucional y funcional para la participación en el ejercicio de poder estatal.

¹⁴¹ Un ejemplo lo suministra el párrafo 60.1 y 3 SGB IV; la determinación presenta una gran semejanza con la regulación sobre complementación de las representaciones de las circunscripciones («Bezirke») de Renania del Norte-Westfalia, que el *BVerfGE*, 47, 253 y ss., ha declarado inconstitucional.

¹⁴² FRIAUF (nota núm. 6), pp. 83 y ss.; EHLERS, *JZ*, 1987, 221; KLOEPFER (nota núm. 6), p. 52; LEISNER (nota núm. 130), pp. 40 y s.; OEBBECKE (nota núm. 29), pp. 92 y ss.; PEINE (nota núm. 6), p. 27; PÜTTNER, *DVBt*, 1984, 167; STOBER (nota núm. 6), p. 49; de otra opinión Karl Jürgen BIEBACK, *Die Mitwirkung der Beschäftigten in der öffentlichen Verwaltung*, 1983, pp. 46 y s.; en este sentido también E. W. BÖCKENFÖRDE, *HdbStR*, párrafo 22, número marginal 19 (pp. 898 y s.).

¹⁴³ Así en Renania del Norte-Westfalia, por ejemplo, un representante de las asociaciones de protección de la naturaleza reconocidas interviene, con función de asesoramiento, en las sesiones públicas de las asambleas de las grandes asociaciones o comunidades de aguas.

