

En torno a la «independencia» de la Administración

SUMARIO: I. ASPECTOS DEL PROBLEMA. II. FACTORES DE UNA INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN. III. DETERMINACIÓN HETERÓNOMA DE LA ADMINISTRACIÓN. IV. INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN HOY. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. ASPECTOS DEL PROBLEMA

Cuando hace ya treinta y cinco años Arnold KÖTTGEN pronunciaba una conferencia en el marco de unas Jornadas sobre «El estado actual de la Administración alemana»², organizadas por la Escuela Superior de Ciencias Administrativas (*Hochschule für Verwaltungswissenschaften*) de Speyer, ocupaba el centro de sus apretadas consideraciones, si bien no de una forma expresa, la cuestión de si la Administración puede ser considerada como una institución independiente —ya sea legitimada en derecho propio, ya sea en función de sus particulares atributos— o de si, por el contrario, constituye sólo un aparato técnico determinado y conducido por una voluntad ajena —esto es, una «máquina racional»³, como lo formuló KÖTTGEN en una alusión doble

¹ Traducción de Mariano BACIGALUPO (Profesor Ayudante E. U. de Derecho Administrativo, UNED).

² Cfr. Arnold KÖTTGEN: «Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1957, pp. 441 y ss.

³ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 445.

(¿acaso no pretendida?) tanto a la concepción del Estado del absolutismo monárquico ⁴, iniciador del Estado burocrático administrativo, como a las consideraciones sobre la teoría de la burocracia de Max WEBER ⁵, tantas veces invocadas y a la vez malentendidas—, ya sea ello por razones jurídico-estatales o jurídico-constitucionales, ya sea por razones múltiples de naturaleza social. La respuesta de KÖTTGEN resultó ambivalente, en consonancia con su estilo ponderado y cuidadoso, siempre preocupado por un enfoque de las cuestiones tanto desde una perspectiva general jurídico-constitucional como científico-administrativa ⁶. Por un lado, lamentaba la pérdida de «toda potencia propia» de la Administración, constataba «una tendencia general a la infiltración legal de la dinámica administrativa, que reduce de manera consciente y deseada el contenido decisorio de la ejecución» ⁷, una creciente pobreza decisoria de la Administración, la sustitución de los «apoderamientos propios de un Estado de Derecho como los del Derecho de policía clásico... por encargos específicos de ejecución» ⁸, y, finalmente, la generación de una «profunda inseguridad en una Administración a la que ha sido hurtada la consciencia de su propio valor» ⁹.

⁴ A este respecto es particularmente productivo y rico en materia el trabajo de Barbara STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstentums*, 1986. También pueden encontrarse referencias en parte bastante ilustrativas en el trabajo de Otto MAYR, *Uhrwerk und Waage. Autorität, Freiheit und technische Systeme in der frühen Neuzeit*, 1987. Sigue siendo valioso también el trabajo de Ahlrich MEYER: «Mechanische und organische Metaphorik politischer Philosophie», en *Archiv für Begriffsgeschichte*, vol. XIII (1969), pp. 128 y ss. Numerosas referencias sobre la utilización del término «máquina estatal» (*Staatmaschine*) contiene el trabajo de Dietmar PEIL, *Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart*, pp. 489 y ss.

⁵ Cfr. Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5.ª ed., 1976, pp. 126 y ss., 551 y ss., 825 y ss.; la metáfora de la máquina está contenida en Max WEBER: «Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (1918)», en Max WEBER: *Gesammelte politische Schriften*, 4.ª ed., 1980, pp. 306 y ss., particularmente 332. Véanse, entre otros, sobre la teoría de la burocracia de Max WEBER, Wolfgang SCHLUCHTER: *Aspekte bürokratischer Herrschaft*, 1972, especialmente pp. 62 y ss.; Günther SCHMID y Hubert TREIBER: *Bürokratie und Politik*, 1975, pp. 21 y ss. Cfr. en particular sobre la inclusión de la teoría de la burocracia de Max WEBER en su sociología del poder, Hartmann TYRELL: «Ist der Webersche Bürokratietypus ein objektiver Richtigkeitstypus?», en *Zeitschrift für Soziologie*, 10 (1981), pp. 38 y ss.; Stefan BREUER: «Max Webers Herrschaftssoziologie», en *Zeitschrift für Soziologie*, 17 (1988), pp. 315 y ss.; Stefan BREUER: «Rationale Herrschaft. Zu einer Kategorie Max Webers», en *PVS*, 31 (1990), pp. 4 y ss., en particular 15 y ss.; Hans-Ulrich DERLIEN: «Die selektive Interpretation der Weberschen Bürokratiethorie in der Organisations- und Verwaltungslehre», en *Verwaltungsarchiv (VerwArch)* 80 (1989), pp. 319 y ss. Destaca acertadamente que Weber más bien se encontraba en una posición culturalmente crítica frente a las tendencias hacia una burocratización universal, Mario SIGNORE: «Bürokratische Herrschaft und soziale Partizipation im Denken von Max Weber», en *Die Verwaltung*, 22 (1989), pp. 269 y ss., así como Detlev J. K. PEUKERT: *Max Webers Diagnose der Moderne*, 1989, pp. 27 y ss.

⁶ Cfr. sobre la persona Volkmar GÖTZ: «Verwaltungsrechtswissenschaft in Göttingen», en F. LOOS (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, pp. 336 y ss., en particular 346 y ss., con mayores referencias.

⁷ Estas últimas dos citas corresponden a KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 444.

⁸ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 446.

⁹ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 442. Con la misma claridad constató cómo había decaído, a más tardar con el régimen nacionalsocialista, el ideal de un funcionariado concebido como nú-

Por otro lado, constataba también que continuaba existiendo e incluso se expandía el «estilo administrativo dinámico»¹⁰, propio del Estado social y característico ya de la República de Weimar, con la particularidad de que ciertamente la «función distributiva del Estado social» había conducido, entre otros fenómenos, a una cierta «pérdida de formas de la Administración», en particular a una «dilución de los límites entre economía privada y economía pública»¹¹, pero en el buen entendido de que en tales fenómenos se manifestaba al fin y al cabo la creciente importancia de la Administración en la satisfacción de las funciones del Estado industrial moderno. Con la misma claridad veía KÖTTGEN que si bien la Administración, que había sido desprovista en buena medida de sus iniciales premisas y propiedades tradicionales, debía ser, en cierto modo, nuevamente constituida por la Ley Fundamental, las «fuerzas motrices» de dicho proceso procederían «primordialmente de la esfera política del Parlamento y de sus partidos»¹². Sin embargo, se opuso al intento de sustraer en cierto modo la Administración al proceso político de integración por la vía de la «técnica valorativamente neutra»¹³. Las exigencias de una Administración, por un lado, objetivamente orientada y técnicamente cualificada, y, por otro, de una Administración democráticamente conducida en lo político a través de la ley y del Gobierno, se encontrarían en una relación de tensión, que como tal debería ser mantenida:

«A través de la movilización de lo político el componente político de la función administrativa, que nunca ha faltado, obtuvo una actualidad hasta ahora desconocida. Sin embargo, este estado de conflicto nunca podrá depurar ni una automatización total de la aplicación legal ni un estilo administrativo que intenta inmunizarse políticamente sobre la base de una objetividad autónoma»¹⁴.

Estas consideraciones de KÖTTGEN ponen de manifiesto que el tema de la independencia de la Administración no puede ser abordado adecuadamente desde un punto de vista puramente normativo, sino sólo en consideración de factores políticos y sociales de peso. La discusión que siguió a sus consideraciones lo confirmó. Sirvan como puntos de

cleo de la estatalidad: «La antigua alternativa de una Administración funcionarial que durante siglos había estado dotada de habilitaciones independientes ya fue destruida de modo irreversible después de 1933» (Arnold KÖTTGEN: «Struktur und politische Funktion öffentlicher Verwaltung», en *Festschrift für Leibholz*, vol. II, 1966, pp. 771 y ss. (en particular 784).

¹⁰ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 442.

¹¹ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 443.

¹² Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 443.

¹³ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 443.

¹⁴ Cfr. KÖTTGEN: *op. cit.* (n. 2), p. 445.

apoyo de esta afirmación las posiciones de Hans PETERS y de Ernst FORSTHOFF.

II. FACTORES DE UNA INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACION

1. Mucho más determinada que el análisis de KÖTTGEN y bastante más nítida, como lo demuestra incluso el propio carácter programático del título elegido, resultó la tan citada lección rectoral sobre «La Administración como poder independiente del Estado»¹⁵ que pronunció Hans PETERS, conectando con trabajos suyos anteriores¹⁶, en 1965. PETERS, sin embargo, no intentó alcanzar su objetivo (a saber: demostrar, frente a la «infravaloración»¹⁷ de la Administración en la opinión pública y en el mundo jurídico, que la independencia de la Administración¹⁸, puesta en paralelo con la independencia del poder judicial, constituye un principio constitucional¹⁹) a través de un análisis constitucional detallado de la Ley Fundamental. Para defender su tesis, algo apodíctica, de la equiparabilidad esencial de los poderes del Estado, argumentaba en gran medida —en este sentido, a semejanza de Werner WEBER²⁰— con la esfera de la Administración local, democráticamente legitimada de manera especial, y con el peso específico propio del funcionariado profesional, presentado como intacto, dotado de competencia en la materia y de cercanía hacia los problemas²¹. Así, confrontaba en amplios ámbitos el derecho de la Administración, derivado de lo anteriormente dicho, a un cierto círculo de potestades autónomas y competencias de actuación, con la constricción creciente de los ámbitos de actuación de la Administración por un legislador que lo regula y lo reglamenta todo hasta el detalle, de un lado, y una jurisdicción contencioso-administrativa que amplía incesantemente sus competencias de fiscalización y control, de otro²². Ambas cosas no estarían constitucionalmente justificadas, además de incidir negativamen-

¹⁵ Cfr. Hans PETERS: *Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt* (Kölner Universitätsreden, 33) 1965.

¹⁶ Cfr. Hans PETERS: «Der Kampf um den Verwaltungsstaat», en *Festschrift für Laforet*, 1952, pp. 19 y ss.; PETERS: «Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?», en *Festschrift für Hans Huber*, Berna, 1961, pp. 206 y ss. Véase como valoración de la persona y de la obra de quien falleció en 1966, Otto BACHOF: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, 91 (1966), pp. 116 y ss.; Ernst FRIESENHAHN: *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, 1967, pp. 1 y ss.; Klaus STERN: *In memoriam Hans Peters*, 1967.

¹⁷ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), pp. 5 y 13.

¹⁸ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), p. 29.

¹⁹ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), p. 6.

²⁰ Cfr. Werner WEBER: *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3.ª ed., 1970; Werner WEBER: *Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart*, 2.ª ed., 1967.

²¹ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), pp. 13, 14, 30 y 31.

²² Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), pp. 14 y ss., 19 y ss. y 31 y s.

te en la capacidad de funcionamiento y en la «fuerza configuradora y propia iniciativa»²³ de la Administración. De este modo, PETERS abogaba en el fondo desde una posición político-constitucional por una contención del legislador a la hora de regular cuestiones administrativas, por el otorgamiento de amplias potestades discrecionales a la Administración, el fortalecimiento en los funcionarios de la consciencia de su propio valor, así como por la reducción de un *Estado de la vía judicial* (*Rechtswegstaat*) que se consideraba excesivo²⁴. Para él la columna matriz en la que debía descansar la independencia de la Administración, a garantizar del modo descrito, estaba constituida por las excelentes cualidades profesionales del funcionariado de carrera, por su *ethos* específico y orientación objetiva, así como por el trabajo desarrollado por los entes autoadministrados, fortalecidos además por un elemento democrático lego²⁵.

2. Ernst FORSTHOFF incidió aún más en el plano de los principios. La ya de por sí notable inclinación de este discípulo de Carl SCHMITT hacia el Derecho administrativo²⁶ puso de relieve cómo FORSTHOFF concebía a la Administración —sobre la base, por un lado, de sus estudios anteriores sobre la «procura existencial» (*Daseinsvorsorge*) y, de otro, de la convicción del crecimiento de la dependencia del hombre del Estado en los siglos XIX y XX, frente a lo que sucedía en el Estado policial absolutista²⁷— como el lugar decisivo de la estatalidad originaria, socialmente configuradora. Piénsese sólo en su observación sobre la «sensación acertada de que las cuestiones verdaderamente palpitantes relativas a un orden social justo se deciden menos en la Constitución que en la Administración»²⁸. A la vista de una ostensible pluralización de las fuerzas sociales y de la democratización del proceso

²³ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), p. 28.

²⁴ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), pp. 25 y ss. y 30 y s.

²⁵ Cfr. notas 20 y 21.

²⁶ Cfr. al respecto Ulrich STOROST: «Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells», en E. V. HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, pp. 163 y ss., en particular 169 y ss. y 179 y ss. Cfr. también sobre la relevancia de Forsthoff para el Derecho administrativo, Wolfgang MEYER-HESEMANN: *Methodenwahl in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, pp. 82 y ss. y 135 y ss., con mayores referencias sobre la persona y la obra. Cfr., por fin, Karl DOEHRING: «Ernst Forsthoff. Leben und Werk», en *Semper apertus: Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386-1986. Festschrift in sechs Bänden*, vol. III, 1987, pp. 437 y ss.

²⁷ Cfr. esencialmente FORSTHOFF: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938. Los capítulos 1 y 4 de este libro están reproducidos en FORSTHOFF: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, bajo los títulos de «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung» («La procura existencial como tarea de una Administración moderna») y de «Folgerungen» («Conclusiones»). Cfr. también FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. I, 10.ª ed., 1973, pp. 386 y ss., así como *Rechtsstaat im Wandel*, 2.ª ed., 1976, pp. 50 y ss.

²⁸ FORSTHOFF: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938, p. 15; de manera similar en «Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre», en FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 129 y ss., en particular 131: «Los problemas constitucionales de nuestro tiempo son, en realidad, problemas administrativos».

de formación de la voluntad del Estado, que no se mantiene incólume ante aquélla, FORSTHOFF veía, si acaso, en el Ejecutivo la garantía de la unidad del Estado²⁹. Para él el garante de una estatalidad estable y de un orden propio de un Estado de Derecho no debía ser buscado ya en las alturas de los órganos del Estado más expuestos, sino que debía ser residenciado en la acción cotidiana y omnipresente de una Administración leal al Estado, valorativamente homogénea y orientada por principios jurídicos sustantivos y principios generales de justicia³⁰. Así se entiende que desde su punto de vista la realización del principio del Estado social constituye una tarea de valoración originaria (*originäre Wertungsaufgabe*) de la Administración, que él concebía como especial expresión autolegitimada de autoridad estatal³¹. Además, FORSTHOFF veía nada menos que la «sustancia del Derecho administrativo» encerrada en la afirmación de que «las funciones estatales se superponen a un nivel de meros actos ejecutivos, participando éstas también de la dignidad del Derecho»³². Es éste el trasfondo desde el que se debe comprender su advertencia frente a una «subalternización» de la Administración³³, toda vez que concebía a la Administración como aquella instancia «en la que se manifiesta de manera más clara... el poder público»³⁴. Sólo más allá de la inclusión en un sistema normativo podía, según él, tomar cuerpo la «independencia» del Ejecutivo³⁵, indiciaria, a su vez, de la medida en la que aún existe una estatalidad auténtica.

²⁹ Cfr. sobre lo que sigue, Peter HÄBERLE: «Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung?», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1975, pp. 685 y ss.; HÄBERLE: «Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs», en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F. 95, I (1976), pp. 477 y ss.; Wolfgang SEIBEL: *Regierbarkeit und Verwaltungswissenschaft*, 1983, pp. 197 y ss., así como STOROST: *op. cit.* (n. 26), pp. 184 y ss.

³⁰ Cfr. FORSTHOFF: *Verwaltungsrecht* (cit. en n. 27), pp. 15 y s., 37, 54 y ss. y 60.

³¹ Cfr. FORSTHOFF: «Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 12 (1954), pp. 8 y ss.; FORSTHOFF: *Rechtsstaat im Wandel* (cit. en n. 27), p. 75 [allí se dice, en la p. xvii, que el moderno Estado social «no es el resultado de la cláusula de Estado social (arts. 20, 28 LF) practicada, sino la obra del legislador y de la Administración bajo la Constitución y sin la Constitución»].

³² Cfr. FORSTHOFF: *Verwaltungsrecht* (cit. en n. 27), p. 48, con alusión explícita a la independencia de la Administración en pp. 15 y s. y 224 (la pretensión de vigencia y de ser obedecido del acto administrativo no derivaría de su adecuación a las normas, sino que emanaría de él mismo como expresión de una voluntad de poder público).

³³ Cfr. FORSTHOFF, en *VVDStRL*, 14 (1956), p. 188 (intervención en el turno de debate).

³⁴ Cfr. FORSTHOFF: «Bemerkungen zur Situation der Verwaltung», en *Standorte im Teiltrom. Festschrift für Arnold Geblen*, 1974, pp. 41 y ss., en particular 42. Para FORSTHOFF significa una negación de la «independencia de la Administración», por ejemplo, el llamado «auto del preso» (*Strafgefangenen-Beschluß*) del Tribunal Constitucional Federal alemán, publicada en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 33, pp. 1 y ss. (*op. cit.*, p. 46).

³⁵ Cfr. FORSTHOFF: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 105: «La diversidad del ente estatal no se expresa sólo en un sistema normativo propio del Estado de Derecho. Es ésta la circunstancia en la que reside la independencia del Gobierno y de la Administración, que no resulta anulada por el hecho de que ambos estén sometidos al control parlamentario y vinculados por la Ley de Presupuestos. Esta independencia no es una magnitud absoluta, puede ser mayor o menor, detectándose en función de lo uno u otro la fortaleza o debilidad, respectivamente, de

III. DETERMINACION HETERONOMA DE LA ADMINISTRACION

Ambos, PETERS y FORSTHOFF, argumentaban en su día desde una posición defensiva. Ello se percibe con gran claridad en los propios textos. En el caso de FORSTHOFF se suman sus dudas crecientes sobre la posibilidad de mantener la independencia de la Administración, así como de instaurar una estatalidad originaria y soberana en la República Federal de Alemania. Su sintetizante diagnóstico del presente sobre el «Estado de la sociedad industrial», del año 1971³⁶, es un testimonio de lo dicho tanto como lo son sus múltiples consideraciones de corte resignativo en las últimas ediciones de su *Tratado de Derecho administrativo*³⁷.

Tal posición defensiva se explica en primer término por la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina en los años cincuenta y sesenta. Sobre la base de un artículo 19.4 de la Ley Fundamental, celebrado como la coronación del Estado de Derecho e interpretado, por tanto, de manera extensiva³⁸, fueron relegadas tradicionales potestades discrecionales a las que se convertía por vía interpretativa en conceptos jurídicos indeterminados³⁹, al mismo tiempo que el principio de legalidad y de reserva de ley era interpretado, por ejemplo, en los escritos de habilitación de Dieter JESCH y de Hans Heinrich RUPP, en consideración a los principios democrático y de Estado de Derecho, recogidos en la Ley Fundamental, en el sentido de una reserva total (*Totalvorbehalt*), abarcante también de la actividad administrativa prescricional⁴⁰. El postulado, tomado muy en serio, de una legalidad y de

la estatalidad. Y ello porque el Gobierno y la Administración son, allí donde actúan sin el mandato de ejecución de una ley, “el Estado” y nada más».

³⁶ Cfr. FORSTHOFF: *op. cit.* (n. 35), pp. 105 y ss., y 113, entre otras. Véase sobre este libro la recensión crítica de Werner VON SIMSON: «Der Staat der Industriegesellschaft», en *Der Staat*, 11 (1972), pp. 51 y ss. Cfr. igualmente HÄBERLE: «Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische “Gesellschaftslehre”?», en *ZHR*, 136 (1972), pp. 425 y ss. También Karl ZEIDLER advertía sobre el peligro de una «Administración resignativa» ante el dominio de los Tribunales contencioso-administrativos, aunque, eso sí, sin recurrir en ningún momento a juicios globales o a descripciones excesivamente simplistas del problema [cfr. «Einige Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland seit dem Grundgesetz», en *Der Staat*, 1 (1962), pp. 321 y ss., en particular 327].

³⁷ Cfr. FORSTHOFF: *Verwaltungsrecht* (*op. cit.* en n. 27), pp. 79-81.

³⁸ Cfr. al respecto la crítica retrospectiva de OSSENBÜHL: «Die Weiterentwicklung der Verwaltungsrechtswissenschaft», en *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. V, 1987, pp. 1143 y ss., en particular 1146 y s. Cfr. sobre el estado actual, Hans-Jürgen PAPIER: «Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI, 1989, § 154, núms. margs. 1-11, así como, 59 y ss.

³⁹ Cfr. la buena panorámica que ofrece Fritz SCHARPF: *Die politischen Kosten des Rechtsstaates*, 1970, pp. 38 y ss., en particular 42 y ss.

⁴⁰ Cfr. Dietrich JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, 1961; H.-H. RUPP: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965. Sobre la crítica véase, por todos, OSSENBÜHL: *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, pp. 210 y ss., así como *op. cit.* (en n. 38), pp. 1148 y s. La

una vinculación legal estrictas de la Administración, unido a la intensa protección jurisdiccional dispensada en virtud de la garantía jurisdiccional, convirtieron en inadmisibles la idea de una auténtica independencia de la Administración⁴¹, en el sentido de considerarla dotada de potestades de actuación y de decisión originarias, ya sea por no estar legalmente determinadas, ya sea por no ser judicialmente controlables en su integridad⁴². La célebre frase de Hans HUBER sobre la discrecionalidad administrativa como «el caballo de Troya del Derecho administrativo de un Estado de Derecho»⁴³ puso la cuestión tempranamente a punto.

Desde la perspectiva de la tesis de que —a diferencia de lo que sucedía en el constitucionalismo del siglo XIX, caracterizado por un Ejecutivo monárquico dotado de propia legitimidad— el principio democrático exige una determinación estricta y en el fondo sin fisuras de la actuación administrativa⁴⁴ y de que el control del Ejecutivo no puede

«teoría de la esencialidad», impulsada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (cfr. entre otras sentencias las publicadas en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 47, pp. 46 y ss., en particular 79, vol. 49, pp. 89 y ss., en particular 126, vol. 58, pp. 257 y ss., en particular 268, vol. 61, pp. 270 y ss., en particular 275) ha conducido a una nueva discusión sobre la reserva de ley (cfr. últimamente el exhaustivo estudio de Michael KLOEPFER: «Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?», en H. HILL (ed.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, pp. 187 y ss.). Vid. sobre la reserva de ley en la concesión de subvenciones Getrude LÜBBE-WOLF: *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, pp. 215 y ss.

⁴¹ Cfr. sobre la trayectoria evolutiva, Horst DREIER: «Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige Dogmatik des Verwaltungsrechts», en R. WALTER (ed.): *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Viena, 1990, pp. 55 y ss. (en particular 73 y ss.), con mayores referencias.

⁴² Cfr. sobre estos aspectos, ambos importantes, SCHARPF: *op. cit.* (n. 39), pp. 38 y ss., así como 44 y ss. La relación existente entre la intensidad de la regulación legal y la intensidad del control jurisdiccional está bien descrita por Ingo RICHTER y Gunnar-Folke SCHUPPERT: *Casebook Verwaltungsrecht*, 1991, pp. 12 y ss. Cfr. además Hans-Uwe ERICHSEN: «Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1985, pp. 22 y ss.

⁴³ Cfr. Hans HUBER: «Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates», en *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe für Giacometti*, Zurich, 1953, pp. 59 y ss., en particular 66. Parecidamente «estricto» es el punto de vista que sostuvo Max IMBODEN: *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, 1954, pp. 10 y ss. Cfr. sobre el derrumbe de la discrecionalidad y los márgenes de apreciación administrativos, OSSENBÜHL: «Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1968, pp. 618 y ss.

⁴⁴ Cfr. al respecto el estudio exhaustivo de Horst DREIER: *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991, pp. 108 y ss., 125 y ss., así como, 129 y ss. Cfr. también el «modelo ideal» de Carl BÖHRET, «Öffentliche Verwaltung in der Demokratie», en K. KÖNIG y H. J. VON OERTZEN y F. WAGENER (eds.): *Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1981, pp. 53 y ss., en particular 55 y ss. Sorprendentes resultan las consideraciones de ZEIDLER: *op. cit.* (n. 36), p. 325: «En el afán de contrarrestarlo (el Ejecutivo, aclaración del autor) y de someterlo a sus límites constitucionales no hay ciudadano al que se le considere lo suficientemente poderoso, ni domesticación del mismo en el ámbito interno de la Administración a través del control parlamentario que se considere suficiente. Lo interesante en ello es que esta concepción no sólo no ha sufrido menoscabo alguno a causa de la transformación de la Administración, de un poder constitucionalmente independiente y monárquicamente protegido a uno íntegramente dependiente del Parlamento, sino que, bien al contrario, se ha desarrollado a partir de aquélla. Esta concepción se basa de la misma manera, pues, en la imagen del ciudadano que se encuentra a disposición de la Administración como en la falta de confianza en el poder de control de los Parlamentos elegidos por el pueblo».

descansar sólo en las manos del Parlamento, sino que debe hacerlo, de manera más contundente y efectiva, en la de los Tribunales (contencioso-administrativos)⁴⁵, los ámbitos de actuación administrativa no vinculada, abiertos por las normas atributivas de poderes discrecionales (en los que, en palabras de Ernst FORSTHOFF, se manifestaba un «ingrediente de decisión propia» [*Zutat eigener EntschlieÙung*]⁴⁶ de la Administración que a sus ojos la convertía en «una función independiente junto a la legislativa y la jurisdiccional»⁴⁷), aparecían en cierto modo como «restos impuros», «reliquias de espacios libres absolutistas propios de Ejecutivos monárquicos»⁴⁸ o, en fin, como «exclaves precarios en el ámbito de la legalidad administrativa»⁴⁹.

Lo que en el fondo ya era vigente en la República de Weimar, a saber: el papel dirigente indiscutible del Parlamento democráticamente legitimado como órgano legislativo situado en el centro del proceso de formación de la voluntad y de decisión estatales⁵⁰, así como la estampa constitucional⁵¹, pero, sobre todo, la dependencia legal constante de la Administración, como se expresa en los principios de primacía y de reserva de ley⁵², se convirtió bajo la Ley Fundamental en algo definitivamente irrefutable. La ley ya no constituye sólo el límite, sino la causa de la actuación administrativa⁵³. A la vista de ello era claro que la idea de una Administración independiente en sus valoraciones, decisiones y acciones debía aparecer como un intento, destinado al fracaso, de sustraer la Administración al sometimiento legal. Esto es, como un intento de librarse de la nota de su «determinación heterónoma»⁵⁴, dominante en su génesis desde el propio Estado monár-

⁴⁵ Cfr. sobre la función, la intensidad del control y los límites de los Tribunales (contencioso-administrativos) las posiciones, divergentes en puntos concretos, de Hans-Jürgen PAPIER: *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, 1979; Peter LERCHE: «Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht der Rechtskontrollen», en *Bayerisches Verwaltungsblatt (BayVBl)*, 1980, pp. 257 y ss.; René A. RHINOW: «Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel», en *Festschrift für Eichenberger*, 1982, pp. 657 y ss., en particular 662 y ss.; Walter KREBS: *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, pp. 52 y ss., 59 y ss., 81 y ss., 116 y ss.; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: «Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *Festschrift für Menger*, 1985, pp. 107 y ss.; Gunnar-Folke SCHUPPERT: «Self-Restraints der Rechtsprechung», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1988, pp. 1191 y ss.

⁴⁶ Cfr. FORSTHOFF: *op. cit.* (n. 27), p. 15.

⁴⁷ Cfr. FORSTHOFF: *op. cit.* (n. 27), p. 81.

⁴⁸ Cfr. Walter SCHMIDT: *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, p. 46.

⁴⁹ Cfr. Heiko FABER: *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1989, p. 95.

⁵⁰ Cfr. Horst DREIER: «Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1990, pp. 310 y s. con mayores referencias.

⁵¹ Cfr. al respecto Horst DREIER: *op. cit.* (n. 41), pp. 63 y ss. con mayores referencias.

⁵² Cfr. Jost PIETZCKER: «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1979, pp. 710 y ss.; Christoph GUSY: «Der Vorrang des Gesetzes», en *Juristische Schullung (JuS)*, 1983, pp. 189 y ss.; OSSENBUHL: «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 62.

⁵³ Cfr. Ulrich SCHEUNER: «Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung», en U. SCHEUNER: *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 545 y ss., en particular 555 y ss.

⁵⁴ Cfr. Rainer WAHL: «Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts», en *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. V, 1987, pp. 1197 y ss., en particular 1199. Cfr. también sobre el «ca-

quico absolutista, para comprenderse en cierto modo como élite, como fenómeno de una burocracia autárquica, y ello en un paralelismo sólo en parte procedente con la fase de reformas prusianas de principios del siglo XIX⁵⁵.

La Administración, como «poder dirigido por la ley»⁵⁶, ya no constituye una magnitud equiparada al poder legislativo, y ello porque:

— la Constitución ha configurado la vinculación de la Administración a la ley de manera especialmente estricta y consecuente, cuidándose, por lo demás, y a diferencia de la Constitución de Weimar, de institucionalizar instituciones constitucionales extraparlamentarias, por ejemplo, presidencialistas, de modo que no se acompaña al órgano representativo elegido por el pueblo ninguna instancia equiparada⁵⁷;

— porque se ha mantenido el funcionariado profesional, aunque, eso sí, ahora vinculado en lealtad y obediencia al Estado constitucional democrático, asegurando de este modo los presupuestos de índole personal-estructural, variables en sus modalidades de configuración, para un ejercicio fiel, así como leal a la ley y a la Constitución, de las funciones administrativas⁵⁸;

— y, finalmente, porque en la democracia necesariamente «ha decaído... la tradicional orientación propia del Ejecutivo»⁵⁹, de modo

rácter instrumental» de la Administración, Renate MAYNTZ: *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 3.ª ed., 1985, pp. 60 y ss.

⁵⁵ Cfr. al respecto DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 49 y ss.

⁵⁶ Cfr. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSiRL)*, 34 (1976), pp. 221 y ss., en particular 231 y 252. Sin embargo, SCHMIDT-ASSMANN no ha pretendido con esta fórmula postular una programación global y exhaustiva del Ejecutivo por parte del legislador, sino subrayar la variedad de posibilidades de dirección de su actuación (por ejemplo, a través de regulaciones-marco y regulaciones de carácter organizativo, de directrices, de objetivos, de habilitaciones de intervención, etc.). También diferencia sutilmente en este sentido LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG: *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 83 (1983), núm. marg., 15 y ss., 60 y 61.

⁵⁷ Cfr. sobre la diferencia entre la Constitución de Weimar y la Ley Fundamental de Bonn, Rainer WAHL y Frank ROTTMANN: «Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik - im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar», en W. CONZE y M. R. LEPSIUS (eds.): *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 1983, pp. 339 y ss.; Reinhard MUSSGNUMG: «Verschiebungen im Verhältnis von Parlament, Regierung und Verwaltung», en *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, vol. V, 1987, pp. 100 y ss.; H. DREIER: «Der Ort der Souveränität», en H. DREIER y J. HOFMANN (eds.): *Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung*, 1986, pp. 11 y ss., en particular 33 y ss. y 36 y ss.

⁵⁸ La inflexión desde el punto de vista de la teoría del Estado es descrita de manera muy gráfica por Henning ZWIRNER: *Die politische Treupflicht des Beamten*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Göttingen en 1956, pp. 181 y ss. Cfr. sobre la particular posición y función del funcionariado profesional, J. ISENSEE: «Öffentlicher Dienst», en E. BENDA, W. MAIHOFFER y H.-J. VOGEL (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1983, pp. 1149 y ss., en particular 1151 y ss. y 1170 y ss.; ISENSEE: Voz «Beamte», en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7.ª ed., vol. 1, 1985, columna 584 y ss., en particular 588 y ss.; Helmut LECHER: «Öffentlicher Dienst», en ISENSEE y KIRCHHOFF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 72, núm. marg. 82 y ss. y 90 y ss.

⁵⁹ Cfr. SCHEUNER: *op. cit.* (n. 53), p. 555.

que la Administración ya sólo es reguladora del orden social y organizadora del conjunto estatal en dependencia estricta del legislador, y no *junto* a él.

Esto fue expresado en 1968 de manera aguda y con una matización adicional:

«La Administración ya no es más el brazo del monarca en cuanto ente desligado y superpuesto por medio de una legitimidad trascendente a la sociedad civil. Ella se ha convertido, a través de la mediación del Parlamento, en el instrumento de una sociedad igualitaria»⁶⁰.

Es, por tanto, esta conjunción global de forma democrática de Estado, sistema parlamentario de gobierno, Ejecutivo vinculado a la ley y amplia protección jurisdiccional de los derechos subjetivos, la que hace aparecer a la Administración, no como una organización independiente, sino más bien —recordando de nuevo la formulación de KÖTTGEN⁶¹— como una «máquina racional», como instrumento de la voluntad popular auténticamente interpretada en la ley. Desprovisto aparentemente de todo elemento político o conformador, el Ejecutivo debía aparecer, desde esta perspectiva de la teoría de la democracia y del Estado de Derecho, como un aparato burocrático no habilitado para una formación propia de la voluntad, es decir, como un aparato burocrático jerárquicamente organizado, legalmente programado, tutelar y judicialmente controlado, así como completamente aislado del mundo de la política.

IV. INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACION HOY

1. Desde este trasfondo constituye desde luego un fenómeno necesitado de explicación el que recientemente vuelva a hablarse de la Administración, y no sólo en contextos explícitamente científico-administrativos⁶², como un poder independiente del Estado⁶³. ¿Y cómo

⁶⁰ Cfr. Peter BADURA: «Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1968, pp. 446 y ss., en particular 446.

⁶¹ Vid. nota 3.

⁶² Cfr., por ejemplo, H. LECHER: *Verwaltungslehre*, 1988, pp. 46 y ss. y 49 y s., quien se apoya en gran medida en las opiniones de Hans PETER. Cfr. referencias bibliográficas tanto más antiguas como más recientes en Klaus STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 1980, pp. 754 y ss.

⁶³ Un hito en este sentido constituye la ponencia presentada por SCHMIDT-ASSMANN a la reunión anual de 1976 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho Público, *op. cit.* (n. 56), pp. 229 y ss. Quien ha destacado la importancia del *topos* de la independencia de la Administración en la discusión doctrinal ha sido Otto BACHOF (en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, VVDStRL*, 34, 1976, pp. 275 y ss.). Cfr. también SCHMIDT-

se explica ello? Son dos los factores de importancia decisiva en esta reorientación. En primer lugar, la crítica renovada a una marginalización del Ejecutivo a través de una programación legislativa detallada y crecientemente afinada, por un lado, y de un control judicial extensivo y sólo en apariencia meramente tutelar de derechos subjetivos, por otro. Esta crítica alcanzó su punto máximo, y a la vez de inflexión, con la aparición en 1985 de una obra colectiva que llevaba el programático título *La Administración pública entre el legislador y el control judicial*⁶⁴. Es el segundo factor, sin embargo, el definitivamente decisivo a la hora de explicar la «concepción —entretanto nuevamente fortalecida— de la legitimidad de los ámbitos de actuación de la Admi-

ASSMANN: *op. cit.* (n. 45), pp. 112 y ss. y 122. Está concebido como análisis funcional el estudio de Winfried BROHM: «Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1986, pp. 321 y ss., en particular 326 y ss. Se califica a la Administración como «función independiente del Estado» en el trabajo de OSSENBÜHL: «Autonome Rechtsetzung der Verwaltung», en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 65, núm. marg. 2. Sin embargo, predomina como aquí la referencia a la reserva de Administración o de Gobierno en Meinhard SCHRÖDER: «Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung», en *op. cit. ult.*, § 67, núms. margs. 22 y ss. y 29 y ss. (al respecto *vid. infra*). Hartmut MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1990) refiere la calificación de la Administración como «poder independiente del Estado» en un sentido más estricto a los supuestos en los que a la Administración se reconoce un margen de apreciación (§ 7, núm. marg. 20). Menos específico resulta Ralf DREIER: *Recht-Staat-Vernunft*, 1991, pp. 73 y ss., en particular 88 y 93. LERCHE (*op. cit.*, en n. 56, núms. margs. 30 y 60) aborda «la independencia de la competencia administrativa». El Tribunal Constitucional Federal sólo utiliza la expresión «independencia del Ejecutivo» en referencia a terceros (cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts —BVerfGE—* vol. 58, pp. 257 y ss., en particular 270), y, además, en el marco de la fundamentación de la teoría de la esencialidad. Por lo demás, predomina también (¿todavía?) en la jurisprudencia del TCF el discurso advertente sobre la «autocracia (*Selbsherrlichkeit*) del Ejecutivo» (cfr. *BVerfGE*, vol. 10, pp. 264 y ss., en particular 267; vol. 35, pp. 263 y ss., en particular 274; vol. 51, pp. 268 y ss., en particular 284), a la cual trataría de prevenir de manera decidida la Ley Fundamental. Las consideraciones del TCF (en *BVerfGE*, vol. 49, pp. 89 y ss., en particular 125; vol. 67, pp. 100 y ss., en particular 139; vol. 68, pp. 1 y ss., en particular 86) que con frecuencia se invocan como respaldo de una concepción sobre la «independencia de la Administración» se refieren, a su vez, más bien al ámbito reservado al Gobierno, no a la Administración. Cfr. sobre el allí aludido «ámbito nuclear de responsabilidad propia del Ejecutivo» (término utilizado, al parecer por primera vez, por Rupert SCHOLZ en: «Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis», en *Archiv des öffentlichen Rechts —AöR—*, 105 (1980), pp. 564 y ss., en particular 598) las amplias referencias que aporta Volker BUSSE: «Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung im Spannungsfeld der staatlichen Gewalten», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1989, pp. 45 y ss.

⁶⁴ Cfr. V. GÖTZ, H. H. KLEIN y Chr. STARCK (eds.): *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985. Cfr. al respecto la exhaustiva crónica de Hermann HILL en: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1985, pp. 998 y ss., así como la recensión de Horst SENDLER: «Die öffentliche Verwaltung zwischen Scylla und Charybdis», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1986, pp. 1084 y ss., llena de alusiones inequívocamente críticas y reproducción de intervenciones en este sentido en la discusión (concretamente señala que a veces se sostienen ideas demasiado simplistas y esquematizantes en relación con una Administración aparentemente encorsetada, de manera desamparada e indefensa, entre los poderes legislativo y judicial). Véase, sin embargo, también su trabajo «125 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit: Woher-wohin?», en *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (VBWB)*, 1989, pp. 41 y ss., en particular 50. Igualmente críticos frente a tales constataciones se pronuncian WAHL: *op. cit.* (n. 54), pp. 1208 y ss., así como SCHUPPERT: *op. cit.* (n. 56), pp. 1198.

nistración»⁶⁵, por cierto no sólo desde el punto de vista de su mera existencia e inevitabilidad fáctica, sino incluso desde el punto de vista de su perfecta compatibilidad con el principio democrático y de Estado de Derecho. Este segundo factor es la constatación —nada novedosa, pero al parecer sí necesitada de revitalización— de que el legislador, a su vez vinculado por la Constitución, puede habilitar en determinados casos al Ejecutivo para llevar a cabo una actividad decisoria independiente y, por tanto, sólo parcialmente controlable por los Tribunales⁶⁶.

Esta idea, que fue desarrollada de manera convincente por Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, convirtiéndola en el fundamento dogmático de la «teoría sobre las habilitaciones legales a la Administración para adoptar últimas decisiones» (*Lehre von den administrativen Letztentscheidungsermächtigungen*)⁶⁷, va mucho más allá de la genérica constatación teórico-jurídica, en la que, sin embargo, se apoya, de que, en el proceso, contextualmente dependiente, de la realización y trasposición del Derecho, la norma, ciega ante el caso concreto, está indefectiblemente necesitada de concreción⁶⁸. Ha sido precisamente FORSTHOFF quien ha subrayado con toda claridad que toda interpretación genera un efecto «normativamente productivo»⁶⁹ y que la aplicación de una norma general exige más que una obediencia inconsciente y automática al estilo del cumplimiento de una orden, «porque —como dice FORSTHOFF— la trasposición de una norma general en su aplicación por una pluralidad de actos administrativos constituye un proceso de carácter y peso propios... que no está contenido ya en aquello que dice la norma, sino que se suma al contenido de la norma como elemento independiente»⁷⁰.

⁶⁵ Cfr. WAHL: *op. cit.* (n. 54), p. 1209. Cuando Karl August BETTERMANN habla de que «el ideal de Estado de Derecho es visto en la reducción, cuando no en la erradicación, de la discrecionalidad administrativa» (cfr. «Die rechtsprechende Gewalt», en ISENSEE y KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 73, núm. marg. 30), se refiere más bien al estado de la discusión en los años sesenta y no al estado de la discusión en los años ochenta.

⁶⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN: *op. cit.* (n. 45), pp. 114 y ss.; parecido es el punto de vista sostenido por BADURA: «Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend auf Grund und nach Maßgabe des Gesetzes», en *Festschrift für Bachof*, 1984, pp. 169 y ss.; Martin BULLINGER: «Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1984, pp. 1001 y ss., en particular 1005; WAHL: *op. cit.* (n. 54), p. 1209; PAPIER: *op. cit.* (n. 38), núms. margs. 5 y ss., en particular 61; Franz-Josef KUNERT: «Normkonkretisierung im Umweltrecht», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1989, pp. 1018 y ss., en particular 1019. *Vid.* también René A. RHINOW: *Rechtsetzung und Methodik*, 1979, pp. 62 y ss., Georg MÜLLER: *Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, 1979, pp. 78 y ss.

⁶⁷ Cfr. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ-DÜRIG: *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 19.4, 1985, núms. margs. 188 y ss.

⁶⁸ La doctrina jurídico-metodológica, tan dividida en muchas otras cuestiones, coincide básicamente, sin embargo, en la elemental consideración de que la aplicación del Derecho siempre tiene un carácter creativo [cfr. al respecto y de manera más exhaustiva DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 165 y ss., con mayores referencias bibliográficas].

⁶⁹ Cfr. Jan HARENBURG: *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis*, 1986, p. 118.

⁷⁰ Cfr. FORSTHOFF: *op. cit.* (n. 27), p. 59.

Más allá de esta noción metodológica fundamental, es de decisiva importancia, sobre todo en relación con la cuestión de las restricciones de las competencias jurisdiccionales de control, la constatación, desde el punto de vista de la Ciencia del Estado y de la Administración, de la limitación de las capacidades del legislador para predeterminar de manera rigurosamente detallada la acción de la Administración por medio de normas de programación condicional lo más precisas posibles, sobre todo cuando se trata de tareas, decisiones y procedimientos administrativos de carácter complejo, configurador, distributivo o infraestructural⁷¹. Junto a casos de evidente incapacidad legislativa existen también «debilidades en la capacidad directiva de la ley (*Steuerungsschwächen des Gesetzes*) condicionadas lógicamente o estructuralmente»⁷², y que tienen, por tanto, razones objetivas. Aun con métodos óptimos de técnica legislativa, estados de información elevada, orientación indubitada por el bien común y capacidad de imposición política, no es posible evitar los «déficits de normación estructuralmente condicionados»⁷³, sobre todo en ámbitos normativos como los de la regulación de la protección medioambiental, de la seguridad técnica de instalaciones industriales, energéticas, etc., de la planificación especial y general del territorio, así como en el ámbito de las medidas de carácter económico y también, en cierta medida, en los casos «clásicos» de la discrecionalidad administrativa y de los márgenes de apre-

⁷¹ Todavía nos encontramos muy lejos de una «teoría» consistente de las funciones administrativas. Cfr., entre otros, sobre aquellas actividades de la Administración que trascienden las decisiones singulares de carácter puntual, FORSTHOFF: *Verwaltungsrecht* (op. cit. en n. 27), pp. 68 y ss., 73 y ss. y 509 y ss.; Winfried BROHM: «Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtislehrer* (VVDStRL), 30 (1972), pp. 245 y ss., en particular 253 y ss., 274 y ss. y 344 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: op. cit. (n. 56), pp. 223 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982, pp. 21 y ss.; Werner HOPPE: «Gerichtliche Kontrollidichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen», en *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, pp. 295 y ss.; Rudolf STEINBERG: «Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV), 1982, pp. 619 y ss.; Rainer WAHL y Jost PIETZCKER: «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», en VVDStRL, 41 (1983), pp. 151 y ss., y 193 y ss.; WAHL: op. cit. (n. 54), p. 1208. Véase esencialmente sobre los caracteres y la dinámica de las funciones estatales y, por tanto, administrativas en el moderno Estado de Derecho, cultural, social, industrial y medioambiental, Hasso HOFMANN: «Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz», en M. KLOEPFER (ed.): *Der Umweltstaat*, 1989, pp. 1 y ss., en particular 12 y ss., 18 y ss. y 36 y ss.; vid. también J. ISENSEE: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 57, núms. margs. 132 y ss., y 156 y ss.; únicamente podemos remitir aquí de manera tan sólo genérica a las colaboraciones, lamentablemente de poca orientación empírica, contenidas en D. GRIMM (ed.): *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990; cfr. también, por lo demás, Th. ELLWEIN y J. J. HESSE (eds.): *Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?*, 1990.

⁷² Cfr. Winfried BROHM: «Alternative Steuerungsmöglichkeiten als "bessere" Gesetzgebung?», en H. HILL (ed.): op. cit. (n. 40), pp. 217 y ss., en particular 222. Una terminología similar utiliza WAHL: op. cit. (n. 54), pp. 1209 y s.

⁷³ Cfr. BROHM: op. cit. (n. 72), p. 225 y ss.

ciación. La dinámica de la sociedad industrial moderna, la complejidad y abundancia de las funciones del Estado, el progreso rasante del desarrollo tecnológico, el cambio de las circunstancias sociales y, finalmente, la pluralidad de los criterios ponderativos⁷⁴ a tener en cuenta, sobre todo en los ámbitos de la llamada «Administración infraestructural»⁷⁵, obligan al legislador a tener que contentarse en estos casos, en parte, con cláusulas generales muy vagas, fórmulas de compromiso, así como con normas de programación final y normas abiertas de competencia (*offene Kompetenznormen*)⁷⁶.

Por el contrario, la dirección posterior y afinada (*Fein- und Nachsteuerung*) es remitida a la Administración en cuanto instancia concretizadora por excelencia, que, según los casos, o se autoprograma⁷⁷, o

⁷⁴ El deber de ponderación (*Gebot der Abwägung*) ha sido calificado por Heiko FABER: *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1989, p. 401, como «una norma fundamental y constante del derecho de la planificación», así como «punto de cristalización en orden a un abarcamiento sistemático de las formas de aparición de la Administración planificadora y conformadora bajo el concepto genérico de Administración infraestructural». Cfr. también sobre la significación del principio de ponderación, SCHMIDT-ASSMANN: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, cit. (n. 71), p. 25, así como concretamente sobre la relevancia de la ponderación en el ámbito de la planificación especial (*Fachplanung*), WAHL: «Entwicklung des Fachplanungsrechts», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1990, pp. 426 y ss., en particular 436 y ss., con abundantes referencias. Extrae conclusiones muy avanzadas del principio de ponderación, Karl-Heinz LADEUR: «*Abwägung*» - ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts?, 1984.

⁷⁵ Este concepto ha sido colocado en el centro de una expansión acorde con los tiempos de la dogmática jurídico-administrativa por FABER: *op. cit.* (n. 74), pp. 30 y ss., 158 y ss., 331 y ss. y 401 y ss. Cfr. sobre su significación, DREIER: *op. cit.* (n. 41), pp. 82 y ss.

⁷⁶ El Tribunal Constitucional Federal alemán reconoce en jurisprudencia reiterada que las exigencias de determinación de las leyes deben orientarse según las peculiaridades del respectivo objeto de regulación. Cfr. al respecto *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 56, pp. 1 y ss., en particular 12 y ss.; vol. 79, pp. 174 y ss., en particular 195. MAURER ofrece una recopilación muy ilustrativa de normas y casos ejemplificativos (*op. cit.*, n. 63, § 7, núms. margs. 6 y ss., 17 y ss., y 24 y ss.). Muy importante es también el trabajo de Helmuth SCHULZE-FIELTIZ: *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, pp. 423 y ss., con mayores referencias («Compromisos de fórmula como problema jurídico-funcional»). *Vid.* igualmente Wilfried BRAUN: «Offene Kompetenznormen - ein geeignetes und zulässiges Regulativ im Wirtschaftsverwaltungsrecht?», en *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, 76 (1985), pp. 24 y ss., y 158 y ss. Cfr. sobre la funcionalidad en el sentido de un aseguramiento de la flexibilidad a la luz de la complejidad de las circunstancias sociales, DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 170 y s., con mayores referencias, así como últimamente BROHM: «Stellung und Funktion des Verwaltungsrichters», en *Die Verwaltung*, 24 (1991), pp. 137 y ss., en particular 146 y 159 y ss. Demuestra el contenido y la significación de un «concepto remitente» (*Verweisungsbegriff*) de carácter central, SCHACHTSCHNEIDER: «Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht», en W. THIEME (ed.), *Umweltschutz im Recht*, 1988, pp. 81 y ss. Una orientación más metodológica en RHINOW: *op. cit.* (n. 66), pp. 49 y ss., y 58 y ss., así como en Friedrich MÜLLER: *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, pp. 184 y ss., y *Juristische Methodik*, 4.ª ed., 1990, pp. 154 y ss., entre otras.

⁷⁷ Tal autoprogramación se basa, en primer lugar, en el papel destacado que al propio ejecutivo corresponde en el proceso legislativo; en segundo lugar, en su potestad reglamentaria (esto es, en la habilitación para dictar reglamentos jurídicos), y, en tercer lugar, en la posibilidad de dictar reglamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*). Quedan al margen de nuestras presentes consideraciones las normas estatutarias (*Satzungen*) en cuanto expresión de potestades normativas autónomas de entes corporativos autoadministrados (*Selbstverwaltungskörperschaften*), así como, en parte, de entes institucionales descentralizados (*Anstalten*; *vid.* al respecto las consideraciones finales de este trabajo). Sobre el papel de la burocracia ministerial en el proceso le-

recaba sus bases de decisión y criterios normativos recurriendo a asesoramiento especializado (no siempre neutral en cuanto a los intereses involucrados), o recurre directamente a cuerpos de reglas técnicas elaborados por particulares⁷⁸, o bien actúa sólo a partir de una participación previa de los afectados⁷⁹ que le permita orientar su acción al bien común. En cualquier caso, los déficits de «programación legislativa»⁸⁰ requieren de una compensación por medio de una revalorización del elemento procedimental⁸¹; ello es particularmente claro y ur-

gislativo cfr., entre otros, Kurt EICHENBERGER: «Gesetzgebung im Rechtsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 40 (1982), pp. 7 y ss. (concretamente 29 y ss.); MAYNTZ: *op. cit.* (n. 54), pp. 181 y ss., 187 y ss., 202 y ss.; un punto de vista diferenciante sostiene SCHULZE-FIELITZ: *op. cit.* (n. 76), pp. 285 y ss., con mayores referencias. Sobre la «discrecionalidad» en el ejercicio de la potestad reglamentaria, cfr. últimamente Thomas VON DANWITZ: *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, así como Matthias HERDEGEN: «Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung», en *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 114 (1989), pp. 607 y ss. Por lo que a la discusión sobre los reglamentos administrativos (*Verwaltungsvorschriften*) y a su correcta clasificación dogmática respecta, cfr., entre otros, Winfried BROHM: «Verwaltungsvorschriften als administrative Rechtsquelle-ein ungelöstes Problem des Innenrechts», en BROHM (ed.): *Drittes deutsch-polnisches Verwaltungssymposium*, 1983, pp. 11 y ss.; OSSENBUHL: *op. cit.* (n. 63); MAURER: *op. cit.* (n. 63), § 24. El de por sí confuso estado de la cuestión ha sido complicado aún más con la invención, por el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*), de la categoría de los llamados «reglamentos administrativos de concreción normativa» (*normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*; cfr. *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE*, vol. 72, pp. 300 y ss., concretamente 316 y s., y 320 y s.); *vid.* referencias al respecto en MAURER: *op. cit.* (n. 63), § 24, núm. marg. 25 a. Críticos frente a esta figura se manifiesta, entre otros, HOFMANN: *op. cit.* (n. 71), p. 31; Hans-Joachim KOCH: *Immissionsschutz durch Baurecht*, 1991, pp. 28 y ss.

⁷⁸ Siguen residiendo aquí, probablemente, los mayores déficits jurídico-constitucionales que, desde el punto de vista del principio de Estado de Derecho y del principio democrático, ofrece la práctica, caracterizada, por lo demás, por su enorme variedad y, en parte también, por su oscuridad. Ofrece una buena panorámica de este complejo de problemas, Winfried BROHM: «Sachverständige Beratung des Staates», en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 1987, § 36. Sobre el problema de las decisiones valorativas implícitas (*implizite Wertentscheidungen*) y de la necesidad de mediación (*Vermittlungsbedürftigkeit*) del asesoramiento técnico, así como el que plantea un «potencial de consideración valorativa» (*Wertberücksichtigungspotential*) suficientemente amplio, cfr. Renate MAYNTZ: «Entscheidungsprozesse bei der Entwicklung von Umweltstandards», en *Die Verwaltung*, 23 (1990), pp. 137 y ss.; *vid.* al respecto en cuanto al ámbito de las normas en materia de energía nuclear, Hasso HOFMANN: *Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft*, 1989, pp. 42 y ss.; ampliamente también al respecto, Erhard DENNINGER: *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, 1990. A todas luces, en los momentos actuales el problema no parece ser tanto el de una marginalización o subalternización de la Administración cuanto el de un desapoderamiento tecnocrático-administrativo (*administrativ-technokratische Entmündigung*) del legislador democrático.

⁷⁹ Cfr. Walter SCHMITT GLAESER: «Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung», en Peter LERCHE, Walter SCHMITT GLAESER y Eberhard SCHMIDT-ASSMANN: *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, pp. 35 y ss. (concretamente 53 y ss.). El mejor análisis teórico, realizado a partir del «modelo maquina» (*Maschinenmodell*) weberiano, lo ofrece Claus OFFE: «Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns» (1974), en E. DENNINGER (ed.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, I, 1977, pp. 469 y ss.

⁸⁰ Cfr. Rolf-Reinhard GRAUHAN: *Modelle politischer Verwaltungsführung*, 1969, pp. 9 y ss.

⁸¹ Cfr. Heiko FABER: «Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft», en *Festschrift für Ridder*, 1989, pp. 291 y ss. (concretamente 299): «La valorización del derecho procedimental es correlativa con la retirada del legislador en el ám-

gente en los procedimientos dirigidos a fijar los estándares de seguridad en el ámbito del Derecho de la técnica y del medio ambiente⁸². En los aledaños de este cuadro se encuentran otros casos-límite necesitados de discusión que aquí sólo mencionamos con las claves de «actuaciones administrativas informales» (*informales Verwaltungshandeln*)⁸³ y «sistemas de negociación apoyados en mediadores» (*mittlergestützte Verhandlungssysteme*)⁸⁴. En todos estos casos la ley ya no es más, debido a su falta de precisión, el producto final y acabado en la formación de la voluntad estatal y, por tanto, del proceso de dirección jurídica de la colectividad política, sino en el fondo no más que el inicio y el impulso del proceso, llevado a cabo con división de trabajo, dirigido a la realización socialmente conformadora del Derecho⁸⁵, en

bito infraestructural... No puede haber una adecuada ponderación sin procedimiento» (*Dem Rückzug des Gesetzgebers aus der Infrastruktur entspricht eine Aufwertung des Verfahrensgedankens... Keine Abwägung ohne Verfahren*). Vid. también sobre la relevancia del procedimiento, Gunnar Folke SCHUPPERT: «Diskurse über Staat und Verwaltung», en *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, 1991, pp. 122 y ss. (concretamente 136 y ss.).

⁸² Cfr. Jürgen SALZWEDEL: «Risiko im Umweltrecht - Zuständigkeit, Verfahren und Maßstäbe der Bewertung», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1987, pp. 276 y ss.; Ernst-Hasso RITTER: «Umweltpolitik und Rechtsentwicklung», en *NVwZ*, 1987, pp. 929 y ss.; HOFMANN: *op. cit.* (n. 79), p. 44; Rainer WAHL: «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit - Bemerkungen zu einem Dauerthema», en *Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (VBfBW)*, 1988, pp. 387 y ss. (concretamente 391 y s.); WAHL: «Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und gerichtliche Verfahren», en *NVwZ*, 1991, pp. 409 y ss., quien gráficamente resume la cuestión de la siguiente manera: «La reducción de la intensidad del control judicial debe ganarse por medio del procedimiento administrativo» (*Die Reduzierung der Kontrolldichte muß durch das Verwaltungsverfahren verdient werden*). Lo que debe asegurarse normativamente es, sobre todo, la objetividad y la neutralidad del proceso de decisión, así como la representación y ponderación suficiente de los diversos intereses sociales en los órganos correspondientes. Vid. también Christoph GUSY: «Leistungen und Grenzen technischer Regeln- am Beispiel der technischen Baunormen», en *Verwaltungsarchiv (VerArch)*, 79 (1988), pp. 68 y ss. (particularmente 79).

⁸³ Cfr. el decisivo trabajo de Wolfgang HOFMANN-RIEM: «Selbstbindungen der Verwaltung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 40 (1992), pp. 187 y ss. (concretamente 191 y ss.); las referencias más importantes relativas a una ya crecida polémica doctrinal pueden consultarse en MAURER: *op. cit.* (n. 63), § 15, núm. marg. 8.

⁸⁴ Cfr. Oliver PASSAVANT: «Mittlergestützte Kooperation in komplexen Verwaltungsprojekten», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1987, pp. 516 y ss.; Bernd HOLZNAGEL: «Der Einsatz von Konfliktmittlern, Schiedsrichtern und Verfahrensverwaltern im amerikanischen Umweltrecht», en *Die Verwaltung*, 22 (1989), pp. 421 y ss.; HOLZNAGEL: *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990; *vid.* también extensamente los trabajos incluidos en W. HOFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vols. I y II (vol. I: *Informelle und mittlergestützte Verhandlungen im Verwaltungsverfahren*; vol. II: *Konfliktmittlung im Verwaltungsverfahren*), 1990. Una posición crítica al respecto sostiene Winfried BROHM: «Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern?», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1990, pp. 321 y ss.

⁸⁵ Cfr. SCHULZE-FIELITZ: *op. cit.* (n. 76), pp. 139 y ss., 143 y ss. («concreción del derecho con división de trabajo» - *arbeitsteilige Rechtskonkretisierung*); DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 159 y ss., 200 y ss. («la unidad de acción del legislativo y el ejecutivo» - *Legislative und Exekutive im Handlungsverbund*); *vid.* también WAHL: *op. cit.* (n. 82), *VBfBW*, 1988, p. 390 («obra normativa de conjunto» - *Gesamt-Rechtsetzungswerk*); WAHL: *op. cit.* (n. 82), *NVwZ*, 1991, p. 411, n. 15 («relación de complementariedad entre el legislativo y el ejecutivo» - *Ergänzungsverhältnis von Legislative und Exekutive*); parecido es también el punto de vista de SCHMIDT-ASSMANN: «Der Rechtsstaat», en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 1987, § 24, núm. marg. 60 («la idea de un trabajo de pluralidad de poderes en torno a la ley» - *Vorstellung einer gewaltenpluralen Arbeit am Gesetz*).

el que, antes y junto a la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración actúa de manera activa y configuradora en el sentido de un «perfeccionamiento estratégico del Derecho»⁸⁶ (*strategische Rechtsfortbildung*) y de una «adaptación situacional de la ley»⁸⁷ (*situative Gesetzesanpassung*)⁸⁸.

Y si finalmente tomamos en cuenta que en tales supuestos el legislador otorga a la Administración potestades o «márgenes de configuración y apreciación»⁸⁹, las categorías, aparentemente precisas y discutidas hace ya tiempo en la dogmática jurídico-administrativa, tales como el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva, etc., se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión del Ejecutivo⁹⁰, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración, en el proceso, inexorablemente también «político»⁹¹, de la actividad, orientada hacia el bien común, de la Administración. Sin embargo, dado que la densidad regulativa de la ley es muy variada, no sólo es posible, sino que es inevitable diferenciar la potestad de con-

⁸⁶ Cfr. Karl-Heinz LADEUR: «Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts», en *Leviathan*, 7 (1979), pp. 339 y ss.

⁸⁷ Cfr. W. BROHM: «Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1988, pp. 794 y ss.

⁸⁸ Es natural que en la medida en que disminuye la intensidad regulativa de la ley (*gesetzliche Regelungsdichte*) aumente correlativamente aquella parte (*Anteil*) que en el proceso de concreción del derecho corresponde a la Administración. Cfr. FORSTHOFF: *Verwaltungsrecht* (cit., n. 27), p. 15; RHINOW: *op. cit.* (n. 45), p. 665; SCHMIDT-ASSMANN: *op. cit.* (n. 67), núm. marg. 184; WAHL: *op. cit.* (n. 82), p. 390.

⁸⁹ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 61, pp. 82 y ss. (concretamente 111); este *topos* tiene una significación central para la «teoría de las habilitaciones normativas a la Administración para la adopción de decisiones últimas» (*Lehre von den administrativen Letztentscheidungsermächtigungen*), desarrollada por SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.* (n. 67).

⁹⁰ Cfr. al respecto, DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 185 y ss., con mayores referencias; ahora también Christian STARCK: «Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht», en O. BEHRENDIS y W. HENCKEL (eds.): *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, pp. 106 y ss. (concretamente, 111 y ss.), así como Matthias HERDEGEN: «Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich», en *Juristen-Zeitung (JZ)*, 1991, pp. 747 y ss. Ya argumentó tempranamente en un sentido unificador, Horst EHMKE: «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im *Verwaltungsrecht*, 1960, p. 21, con alusión a la propuesta de SCHEUNER formulada en el año 1928; en este sentido, EHMKE favorece la «solución unitaria»: cfr. pp. 32, 34, 40, 45.

⁹¹ Respecto del inevitable componente político cfr. Peter BADURA: «Die Verwaltung als soziales System», en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1970, pp. 18 y ss. (concretamente 21), Rolf-Richard GRAUHAN: «Politikwissenschaftliche Forschung zur Verwaltung», en *DÖV*, 1970, pp. 587 y ss. (particularmente 588); BROHM: *op. cit.* (n. 63), p. 329; BROHM: *op. cit.* (n. 72), p. 231; BROHM: *op. cit.* (n. 76), p. 161. Cfr. extensamente, asimismo, Walter SCHMIDT: «Rechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft», en D. GRIMM (ed.): *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, vol. I, 2.ª ed., 1976, pp. 89 y ss. (concretamente 96 y ss.); *vid.* también Erhard BLANKENBURG y Hubert TREIBER: «Bürokraten als Politiker. Parlamentarier als Bürokraten», en *Die Verwaltung*, 5 (1972), pp. 273 y ss.; MAYNTZ: *op. cit.* (n. 54), pp. 202 y ss.

cretización de la Administración y, correlativamente también, la densidad de su control jurisdiccional⁹².

2. Si consideramos el conjunto de lo hasta aquí expuesto se justifica hoy en día hablar de una «independencia» de la Administración a la vista de los límites fácticos de la programación legal en detalle, de la constatación de su papel funcionalmente decisivo en la realización del Derecho, que siempre es hasta un cierto punto «conformadora», así como de la relación asociativa, de carácter cooperativo (*kooperatives Verbundverhältnis*), que de ese modo surge entre el Legislativo y el Ejecutivo. Por ello, es importante retener, para terminar, cuáles *no* son las causas de esta independencia:

a) La independencia de la Administración no encuentra, en primer lugar, su fundamento real y su categorización precisa —a diferencia de lo que sostenía Hans PETERS⁹³— en un principio abstracto de separación de poderes, que como tal le es desconocido a la Ley Fundamental y que por sí solo es demasiado inespecífico y de sentido demasiado variable como para poder dar una respuesta a la cuestión de la distribución de pesos y funciones entre los poderes del Estado⁹⁴. Tampoco conduce mucho más lejos la metáfora de los denominados *ámbitos nucleares* (*Kernbereiche*)⁹⁵ de los respectivos poderes, puesto que no da en el núcleo de la cuestión descrita con la fórmula de la independencia.

b) Tampoco ofrece una base sólida a la independencia de la Administración el recurso al personal a su servicio. Sobre el hecho de que el funcionariado ya hace mucho que no constituye un cuerpo social unitario dotado de un *ethos* propio, de una consciencia de sí mismo in-

⁹² Cfr. al respecto (es decir, en relación con el nada infrecuente error lógico consistente en concluir del carácter dudoso de determinadas categorías dogmáticas establecidas la reducción generalizada de la intensidad del control jurisdiccional) la incisiva advertencia de WAHL: *op. cit.* (n. 82), VBfBW, 1988, pp. 389 y ss.; WAHL: *op. cit.* (n. 82), NVwZ, 1991, pp. 414 y ss.; *vid.* también BROHM: *op. cit.* (n. 63), p. 330, quien distingue entre mandato legal (*Gesetzesbefehl*), cometido legal (*Gesetzesauftrag*), atribución legal de competencia (*gesetzliche Kompetenzzuweisung*) o apoderamiento para actuar (*Handlungsermächtigung*), y la mera fijación legal de límites de actuación (*bloÙe Schrankenziehung*; *vid.* al respecto BROHM: *op. cit.*, n. 72, pp. 229 y s.).

⁹³ Cfr. PETERS: *op. cit.* (n. 16), pp. 13 y 29.

⁹⁴ Cfr. Hans-Heinrich RUPP: *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, p. 126, WAHL: *op. cit.* (n. 82), VBfBW, 1988, p. 392; SCHULZE-FIELITZ: *op. cit.* (n. 76), pp. 150 y ss.; DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 175 y ss., con mayores referencias.

⁹⁵ Cfr. al respecto, en términos ponderativos, SCHMIDT-ASSMANN: *op. cit.* (n. 85), § 24, núm. marg. 49, quien también alude (*op. cit.*, núm. marg. 50) a la reciente doctrina de la división de poderes del Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán, de carácter más bien funcionalista, según la cual es decisiva una distribución funcionalmente adecuada de las funciones estatales (cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts —BVerfGE—*, vol. 68, pp. 1 y ss., concretamente, 86); a este último respecto *vid.* extensamente Werner HEUN: *Staatshaushalt und Staatsleitung*, 1989, pp. 95 y ss. A este novedoso punto de vista del TCF, que aún no ha sido suficientemente desarrollado, cabe oponer, sin embargo, que no parece correcto que sea la dotación real de un órgano lo que determine el ámbito de funciones que se le deban considerar atribuidas, y no la atribución de determinadas funciones lo que determine su adecuada dotación.

cuestionable o incluso de un espíritu de cuerpo homogéneo⁹⁶, no parece que haya que perder palabra alguna, sobre todo tras la ponencia de Frido WAGENER pronunciada en la reunión anual de la Asociación alemana de Profesores de Derecho público⁹⁷, toda vez que en el Estado democrático está vedado hablar de una aristocracia funcionarial como de una «tercera fuerza neutralizante de la política partidista y preservadora de la consistencia del Estado»⁹⁸. A la función pública como grupo social no puede ni debe corresponder⁹⁹ una «potencia política propia»¹⁰⁰. No se le puede reconocer ni una legitimidad aparte ni una competencia en la materia resistente a la ley.

c) Finalmente, tampoco puede fundarse la independencia de la Administración en la teoría sobre la «reserva de Administración» (*Verwaltungsvorbehalt*), en tanto en cuanto se entienda por tal una determinada reserva de potestades ejecutivas originarias¹⁰¹. La discusión

⁹⁶ Por el contrario, la monarquía ofrecía al funcionario, como destacó Arnold KÖTTGEN con el trasfondo enormemente rico en contrastes de la República de Weimar, «una apoyatura espiritual segura en el mundo de los valores objetivos» [*eine sichere geistige Stütze in einer objektiven Wertewelt*]; cfr. «Die politische Betätigung der Beamtenschaft», en *Verwaltungsarchiv* (*VerwArch*), 37 (1928), pp. 247 y ss., concretamente 262.

⁹⁷ Cfr. Frido WAGENER: «Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL), 37 (1979), pp. 215 y ss. (concretamente 225 y ss., y 229 y ss.); sobre la diferenciación interna dentro del funcionariado cfr. Hans D. JARASS: *Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975, pp. 93 y ss. Sobre la falta de compactación y la pérdida de un *ethos* profesional único de los funcionarios *vid.* también Heinrich SIEDENTOPF: «Der öffentliche Dienst», en KÖNIG y otros (eds.), *op. cit.* (n. 44), pp. 321 y ss. (particularmente 334 y s.); Werner THIEME: *Verwaltungslehre*, 4.ª ed., 1984, núms. marg. 103, 109, 589.

⁹⁸ Cfr. WEBER: *Spannungen und Kräfte* (cit. n. 20), pp. 18 y s.

⁹⁹ *Ibidem*. Parecida es también la afirmación de Franz MAYER: «Neuzeitliche Entwicklung der öffentlichen Verwaltung», en F. MORSTEIN MARX (ed.): *Verwaltung*, 1965, pp. 2 y ss. (concretamente 15), según la cual la Administración sigue constituyendo un «regulativo decisivo de lo político en la cosa pública» (*entscheidendes Regulativ des Politischen im Gemeinwesen*), así como «la cuerda que sostiene al Estado» (*das Band, das den Staat zusammenhält*). Acertadamente crítico al respecto, WAHL: *op. cit.* (n. 54), pp. 1206 y ss.

¹⁰⁰ En cierto sentido, no obstante, es el propio Tribunal Constitucional Federal alemán el que favorece una visión de este tipo, pues afirma que el funcionariado profesional no sólo debería asegurar una Administración estable y leal a la ley, sino que cumpliría, además, la función de un actor compensador en relación con las fuerzas que conforman la vida estatal [cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), vol. 7, pp. 155 y ss., concretamente 162, así como *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1989, p. 93]. Sin embargo, el funcionariado carece al margen de la Constitución y de las leyes que han configurado dichas fuerzas políticas de cualquier otro punto fijo de orientación, y la «composición» de intereses sociales en conflicto, por ejemplo, es —en el marco de lo posible— una tarea originaria del legislador y no del ejecutivo. Finalmente, lo que asegura y debe asegurar la fungibilidad del funcionariado profesional en relación con diversas finalidades políticas es el cambio democrático en el ejercicio del poder [cfr. ISENSEE (cit., n. 58), voz «Beamte», columna 590] y no, por el contrario, el establecimiento del mismo, en cierta medida, como instancia neutral de arbitraje por encima de los conflictos políticos y jurídicos que se producen en el marco de la Constitución.

¹⁰¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN: *op. cit.* (n. 85), § 24, núm. marg. 57: «La búsqueda (que se esconde detrás del concepto heurístico de la “reserva de Administración”, n. del a.) de elementos irrenunciables de independencia ejecutiva confirma, en primer lugar, la constatación de que no son ámbitos materiales, sino modos de actuación, procedimientos y estructuras aquello que determina también la esencia de este poder». En similares términos se pronuncia también este autor en *op. cit.* (n. 45), p. 113.

que sobre este tema tuvo lugar en la reunión anual de 1984 de la Asociación alemana de Profesores de Derecho público, así como en los años temporales de dicha reunión ¹⁰², ha mostrado de modo interesante, precisamente, que no puede hablarse —a excepción quizás de la actividad propiamente de Gobierno— de terrenos inmunes a la injerencia legislativa, esto es, en cierta manera, de terrenos autárquicos de la Administración ¹⁰³, pero al mismo tiempo sí ha descubierto la existencia de así llamadas reservas fácticas de Administración (*faktische Verwaltungsvorbehalte*) ¹⁰⁴. Los «límites objetivos de la normabilidad» ¹⁰⁵, que aquí también entran en consideración, ponen de relieve —como ha subrayado Roman HERZOG ¹⁰⁶— que es en la función ejecutiva o aplicativa de la Administración y en los límites naturales de la programabilidad legal del actuar administrativo donde deben buscarse las reservas decisivas, reales y funcionalmente condicionadas, del Ejecutivo. Ello es particularmente claro en las decisiones de naturaleza ponderativa ¹⁰⁷, pero también en muchas de las de carácter organizativo ¹⁰⁸.

3. Si a la independencia de la Administración se la entiende, por tanto, como resultante de los márgenes de actuación administrativa, distintamente estructurados, y a éstos, a su vez, como resultantes de la necesaria «ejecución» de la ley, la elección de este concepto general

¹⁰² Cfr. Hartmut MAURER y Friedrich E. SCHNAPP: «Der Verwaltungsvorbehalt», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, 43 (1985), pp. 135 y ss., y 172 y ss.; el mismo título llevan los trabajos de Rupert STETTNER, en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1984, pp. 611 y ss.; Christoph DEGENHART, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1984, pp. 2184 y ss.; Meinhard SCHRÖDER, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1984, pp. 814 y ss.; asimismo, Walter SCHMIDT: «Der Verwaltungsvorbehalt - ein neuer Rechtsbegriff?», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1984, pp. 545 y ss.

¹⁰³ Cfr. MAURER: *op. cit.* (n. 102), pp. 147 y ss.; SCHRÖDER: *op. cit.* (n. 102), pp. 820 y s.; OSSENBÜHL: *op. cit.* (n. 52), § 62, núm. marg. 56.

¹⁰⁴ Cfr. WAHL: *op. cit.* (n. 54), p. 1209; Hasso HOFMANN: «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», en Chr. STARCK (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Klasse, 3. Folge Nr. 168)*, 1987, pp. 9 y ss., concretamente 43 y s.; Meinhard SCHRÖDER: «Die Bereiche der Regierung und Verwaltung», en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, 1988, § 67, núm. marg. 22, con mayores referencias.

¹⁰⁵ Cfr. WAHL: *op. cit.* (n. 54), p. 1209; OSSENBÜHL: *op. cit.* (n. 52), § 62, núms. margs. 63 y ss.

¹⁰⁶ En MAUNZ y DÜRIG: *op. cit.* (n. 67), art. 20, cap. V, 1980, núms. margs. 78 y ss. (82, 100, 108, 109 y ss.); OSSENBÜHL: *op. cit.* (n. 52), § 62, núm. marg. 58.

¹⁰⁷ Cfr. SCHUPPERT: *op. cit.* (n. 45), p. 1200.

¹⁰⁸ Cfr. FABER: *op. cit.* (n. 74), p. 56: «Lo único correcto es el resto pragmático del poder organizatorio, según el cual el legislador no puede bloquearse a sí mismo mediante la adopción de una serie de decisiones de bagatela, ni prohibir medidas organizativas irrefutables de la Administración, si él mismo no las adopta» (*Richtig ist allein der pragmatische Rest der Organisationsgewalt, wonach der Gesetzgeber nicht durch eine Fülle von Bagatellentscheidungen sich selbst blockieren und unabweisable Organisationsmaßnahmen der Verwaltung verbieten kann, ohne sie selbst zu treffen*). Parecida es la argumentación de OSSENBÜHL: *op. cit.* (n. 52), § 62, núm. marg. 59; SCHMIDT-ASSMANN: *op. cit.* (n. 85), § 24, núms. margs. 57, 79; SCHMIDT: *op. cit.* (n. 102), p. 549.

no debe hacer perder de vista que con ello no se está aludiendo, ni mucho menos, a una trasposición valorativamente neutra de una voluntad ajena, esto es, en cierta medida, a un proceso totalmente automatizado de subsunción, sino, por el contrario, a un proceso que desde luego es creativo y complementario de la ley ¹⁰⁹, que en la aplicación de leyes de programación débil puede incluir una concreción normativa, una elección entre alternativas, el establecimiento de un orden de preferencia entre valores, así como procesos ponderativos y una composición práctica de intereses ¹¹⁰.

Un concepto de independencia administrativa así depurado no concibe a la Administración como una magnitud, solitaria y sustraída a la relación de legitimidad democrática y constitucional, que descansa en sí misma ¹¹¹. Este concepto, por el contrario, tiene una base funcional. Toma en serio las exigencias de división de trabajo que impone la sociedad industrial moderna en el vasto ámbito de funciones estatales. Al mismo tiempo reconoce que al Ejecutivo, caracterizado por su actividad en permanencia, omnipresencia y ubicuidad, siempre resta, indefectiblemente, un potencial de conformación jurídica propia y un elemento «político» que aquél siempre entraña, que no puede extirpar ni siquiera la mayor de las injerencias legislativas ¹¹².

¹⁰⁹ Habla de la Administración como de una «función complementaria», SCHRÖDER: *op. cit.* (n. 104), § 67, núm. marg. 27; similares son los términos en los que ya anteriormente se pronunció EHMKE: *op. cit.* (n. 90), pp. 45, 47 y s., etc. Sobre el factor «creación» y el componente jurídico-productivo (*rechtsproduktive Komponente*) de la actividad administrativa, a la que conscientemente se equipara con el perfeccionamiento judicial del Derecho (*richterliche Rechtsfortbildung*), cfr. el instructivo trabajo de Detlef GÖLDNER: «Probleme einer administrativen Rechtsschöpfung», en *Die Verwaltung*, 23 (1990), pp. 311 y ss.

¹¹⁰ Claramente SCHEUNER: *op. cit.* (n. 53), pp. 550, 552 y s., 561, 565; *vid.* también Peter BADURA: *Staatsrecht*, 1986, pp. 211 y s., 398, 401 y s. Sobre la orientación del artículo 19.4 de la Ley Fundamental, así como el carácter jurídico-conformador de la actividad administrativa, cfr. el lúcido punto de vista de EHMKE: *op. cit.* (n. 90), p. 51: «Vista en su conjunto, la Ley Fundamental exige, en todo caso, un control óptimo de la Administración, pero no un control judicial máximo. Forma parte de dicho control óptimo el reconocimiento de la libertad de actuación que la Administración requiere para la satisfacción de las funciones estatales que tiene encomendadas. Hasta donde llega aquélla, la Administración participa independientemente —al igual que sucede cuando sus actos no son impugnados— en el proceso de creación y perfeccionamiento del Derecho, mediante la conformación de las directrices y parámetros establecidos por el legislador, así como la concreción de los preceptos legales y de los principios jurídicos» (*Im ganzen gesehen fordert das Grundgesetz jedenfalls ein rechtsstaatliches Optimum und nicht ein verwaltungsgerichtliches Maximum en Verwaltungskontrolle. Zu diesem Optimum gehört die Anerkennung der für die Durchführung der staatlichen Aufgaben erforderlichen Handlungsfreiheit der Verwaltung. Soweit diese reicht, nimmt die Verwaltung —ebenso, wie wenn ihre Akte nicht angegriffen werden— durch Ausformung der vom Gesetzgeber aufgestellten Richtlinien und Maßstäbe, durch Konkretisierung der Gesetzes-Vorschriften und der Rechtsgrundsätze selbständig am Prozeß der Rechtsbildung und -fortbildung teil.*)

¹¹¹ En esta dirección apuntan algunas de las formulaciones de FORSTHOFF (cfr. *supra* notas 32 y ss.). Es decir, la Administración aparece como algo «puro», esto es, como una corporización de la estatalidad aún no afectada por las estructuras democráticas y las vinculaciones parlamentarias.

¹¹² Cfr. nota 14. Allí se dice, igualmente: «Tanto en una dirección como en la otra, la Administración apolítica es un fantasma, por muy grande que sea su atractivo en tiempos de un

V. CONSIDERACIONES FINALES

En el centro de nuestras consideraciones dedicadas a la independencia de la Administración se encontró el aparato burocrático administrativo, directo, jerárquicamente estructurado y tutelarmente controlado, con sus «libertades», funcionalmente condicionadas, frente al legislador-programador. Quedaron fuera de las mismas las desviaciones del modelo «maquinal» de Ejecutivo, en parte muy considerables, tal y como toman cuerpo en el surgimiento de «entes-satélite» del sistema administrativo (*Trabanten*), ya estén sólo organizativamente separados del ente matriz, ya estén dotados de personalidad jurídica propia (comenzando por las personas jurídicas de Derecho público, en particular los entes autoadministrados, y siguiendo por la Administración que actúa bajo formas jurídico-privadas, así como por las diversas formas de desconcentración funcional dentro del aparato administrativo, incluyendo los denominados «espacios ministerialmente libres» [*ministerialfreien Räume*]). Con ello queremos decir que la independencia de la Administración no debe equipararse sin más con el proceso de la «independización de unidades administrativas» (*Verselbständigung von Verwaltungseinheiten*)¹¹³. Por el contrario, se da siempre e indefectiblemente una cierta independencia del Ejecutivo aun antes de cualquier proceso de descentralización o desconcentración. Pero es cierto que ambos fenómenos están relacionados entre sí, si bien de una forma subyacente, porque son el producto del y al mismo tiempo circunstancias anejas al crecimiento de las funciones estatales y a las exigencias de diferenciación que de ahí derivan. Sin embargo, esta conexión no debe inducir a sostener paralelismos apresurados, así como a admitir ciertas dependencias y relaciones recíprocas como «reglas». Y ello porque una programación legal exacta puede, pero no necesariamente debe, ir unida a la organización burocrática administrativa matriz, al igual que las unidades administrativas descentralizadas sólo por regla, y no obligadamente, van unidas a una programación legal relativamente «blanda» con amplias zonas correlativas de decisión propia, que a veces incluso pueden incluir potestades normativas propias. Dicho con una sola palabra: existen fenómenos de independencia de

equilibrio alterado» (*In der einen wie anderen Richtung ist unpolitische Verwaltung ein Phantom, so groß ihre Attraktivität in Zeiten einer gestörten Gleichgewichtslage auch sein mag*).

¹¹³ Básicamente al respecto, Gunnar Folke SCHUPPERT: *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 1981; un estudio comparativo puede verse en Christopher HOOD y Gunnar Folke SCHUPPERT (eds.): *Verselbständigte Verwaltungseinheiten in Westeuropa. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Para-Government Organizations (PGOs)*, 1988 [con recesión de Christoph REICHARD, en *Die Verwaltung*, 23 (1990), pp. 491 y ss.]. Sobre el proceso global de conformación de una red de unidades administrativas, cfr. extensamente DREIER: *op. cit.* (n. 44), pp. 211 y ss.

la Administración al margen de posibles procesos de descentralización jurídico-organizativa y también existen unidades administrativas descentralizadas que carecen de una verdadera independencia en el sentido anteriormente descrito.

Bastan por el momento estas apretadas consideraciones, dado que el análisis más detallado de la relación existente entre la independencia de la Administración y la descentralización de unidades administrativas (y, por tanto, entre actuación administrativa y organización administrativa) constituiría un tema en sí mismo.