

Planificación

SUMARIO: A. EL FENOMENO DE LA PLANIFICACION. I. Acerca del concepto de la planificación. II. Propuesta de una definición unitaria. III. Criterios de clasificación de la planificación. 1. Clasificación según el nivel de la planificación: planificación estatal (política) y administrativa. 2. Clasificación según la naturaleza de la planificación. *a)* Planificación funcional (o finalista) y planificación de recursos. *b)* Planificación global y especial. *c)* Planificación programática y de medidas. *d)* Planificación de ordenación y de desarrollo. 3. Clasificación en atención al factor temporal. 4. Clasificación en atención a la forma jurídica. 5. Clasificación atendiendo a su modo de operar. 6. Resumen. IV. La estructura de las normas de planificación. B. SISTEMAS DE PLANIFICACION EN LA RFA. I. El «sistema» de la planificación gubernamental. II. El «sistema» de la planificación territorial global. III. El «sistema» de la planificación especial. C. LA PLANIFICACION EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES ESTATALES. I. La distribución de la función de la planificación entre el Gobierno y el Parlamento en base a una regulación constitucional expresa. 1. El plan presupuestario: artículo 110 de la Ley Fundamental. 2. La planificación financiera: artículos 106.3 y 109.3 de la Ley Fundamental. 3. El planeamiento para supuestos de defensa: artículo 53a.2 de la Ley Fundamental. 4. Planificación marco para funciones comunes: artículo 91a.3 de la Ley Fundamental. 5. La planificación en el ámbito de la enseñanza: artículo 91b de la Ley Fundamental. 6. Resumen. II. Atribución en los supuestos no regulados específicamente. 1. ¿Planificación como «cuarto» poder? 2. ¿La planificación como actividad genuinamente ejecutiva? 3. Planificación ¿una función solamente del Parlamento? 4. ¿Puede ser considerada la planificación como un elemento de la dirección estatal en un régimen de cooperación mancomunada del Gobierno y del Parlamento? 5. Las competencias de planificación del Gobierno y del Parlamento que se deducen de la Ley Fundamental. D. FUNDAMENTOS Y LIMITES JURIDICO-CONSTITUCIONALES DE LA PLANIFICACION. I. Premisas constitucionales favorables de la planificación. 1. Planificación y principio del Estado de Derecho. 2. Planificación y principio del Estado social. 3. Planificación y derechos fundamentales.—4. Resumen. II. Límites jurídico-constitucionales a la planificación. E. CONTROL JUDICIAL DE LA PLANIFICACION. I. La diferencia entre apertura, pautas e intensidad de los controles. II. La apertura del control judicial de planes y planificación. 1. La apertura del control y la naturaleza jurídica de los planes. 2. Controles de los Tribunales constitucionales. 3. Controles judiciales administrativos. III. Criterios para el control de los planes. IV. La intensidad de controles de los planes. F. GARANTIA DEL PLAN. I. El derecho al mantenimiento del plan. II. Pretensión de cumplimiento del plan. III. La pretensión de que se dicten regulaciones transitorias y de adaptación. IV. Derechos de indemnización. G. BIBLIOGRAFIA.

A. EL FENOMENO DE LA PLANIFICACION

1. *El significado sociopolítico de la planificación estatal*

La planificación no es ciertamente un invento de la Edad Moderna, sino que representa una categoría central en la evolución histórica de la actuación humana ¹. Y en cuanto tal, en el pasado solía ser la expresión de la reacción de la comunidad estatal frente a las diversas situaciones de crisis que se planteaban ². En contraposición, se puede decir que, actualmente, la planificación es, en primer lugar, una configuración preventiva de la colectividad ³.

Y es, especialmente, en el Estado moderno social y del bienestar, en el que esta dirección previsora de las prestaciones y de las funciones estatales desempeña un papel sobresaliente. Lo que se comprueba por el creciente aumento de la participación estatal en el producto social bruto en la República Federal de Alemania ⁴. Es claramente palpable la tendencia planificadora que desde los años sesenta se ha desarrollado en muchos países occidentales industriales ⁵.

La planificación como fenómeno jurídico

Este desarrollo encuentra su claro reflejo en la doctrina jurídico-científica ⁶. Actualmente la planificación ha pasado a ser parte integrante de la doctrina tanto administrativa como de Derecho político ⁷. No obstante, ello no tendría que ser necesariamente así, especialmente si se tiene en cuenta la naturaleza de la planificación. Esta se basa en la comprensión analítica de situaciones actuales, en el pronóstico frente a evoluciones futuras, así como en proyectos sobre un ordenamiento normativo. Todos los medios y medidas se centran en un objetivo

¹ Thomas WÜRTEMBERGER, *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979, p. 19; Walter SCHMITT GLAESER/Eberhard KÖNIG, «Grundfragen des Planungsrechts», Eine Einführung, en *JA*, 1980, p. 321.

² Quedan fuera de este contexto las planificaciones de particulares.

³ Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, 1980, p. 701.

⁴ Cfr., por ejemplo, «Statistisches Jahrbuch 1983 für die Bundesrepublik Deutschland», p. 541.

⁵ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 700; Theodor MAUNZ/Reinhold ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 1985, p. 342; Peter OBERNDORFER, «Plan und Planung», en: Félix Ermacora/Gunther Winkler, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1979, p. 229. El tema de la planificación estatal fue estudiado con profundidad en 1965 por Joseph H. KAISER (ed.) en *Planung*, tomos I-VI, 1965-1972.

⁶ Christian BRÜNNER, *Politische Planung im parlamentarischen Regierungssystem*, Viena/Nueva York, 1978; Wolfgang Graf VITZTHUM, *Parlament und Planung*, 1978; Rainer WAHL, *Rechtstragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, 2 tomos, 1978; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1).

⁷ STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 697 y ss.; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), pp. 342 y ss.; Thomas ELLWEIN, «Planung als grundlegende Regierungsfunktion», en: *HdbVerfR*, pp. 1142 y ss.

determinado, por lo que cualquier corriente contraria o cualquier limitación resultaría contraria a la idea misma de la planificación⁸. En cambio, el Derecho presume la existencia de limitaciones y establece, asimismo, limitaciones para determinados ámbitos. Así pues, se podrá llegar a la siguiente conclusión: «Una planificación elaborada jurídicamente no podrá ser nunca una planificación ideal»⁹. El jurista se ve limitado en este contexto por su método finalista, que le conduce a la irresolución, pretendiendo evitar el paso del tiempo mediante todo tipo de objeciones¹⁰. Pero esta antinomia creada entre el Derecho y la planificación tampoco resulta nueva. Más que nada es el claro reflejo de la controversia planteada en los contextos democráticos sobre si tiene sentido encomendar a legos la resolución de cuestiones técnicas¹¹. Punto central de esta polémica es la posible legitimación superior de los conocimientos técnicos de una minoría (hipotética) de especialistas sobre la voluntad de la mayoría referente a la propia autodeterminación y el autogobierno.

2. Planificación y Estado de Derecho

Una vez pasada la euforia planificadora que desembocó en la concepción de una planificación global de las funciones y los recursos estatales, es decir, en la planificación estatal y social¹², nos encontramos actualmente ante cierto desencanto jurídico-estatal, especialmente en lo que se refiere a las planificaciones globales y principales¹³. Esta nueva tendencia viene marcada por una nueva reflexión sobre el orden constitucional de valores, que limita un pensamiento puramente utilitarista y decisionista en interés de la libertad individual. En el Estado social y liberal la planificación deberá tener como objetivo la libertad. Y aquí se encuentra la diferencia fundamental frente a la planificación en los regímenes totalitarios que engloban básicamente a la persona en su totalidad¹⁴. Como punto de partida de este trabajo quisiera señalar que la planificación es en el Estado industrial moderno un instrumento insustituible de la actuación estatal. Pero no se trata de un fenóme-

⁸ Eberhard SCHMIDT-ARMANN, «Planung unter dem Grundgesetz», en: *DÖV*, 1974, p. 542; Fritz OSSENBÜHL, «Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?», *Dictamen B* para el 50, *DJT*, 1974, p. B 19.

⁹ SCHMIDT-ARMANN (*op. cit.*, n. 8), p. 542.

¹⁰ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 19.

¹¹ Ekkehart STEIN, *Staatsrecht*, 1986, p. 140.

¹² Cfr. las notas de STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 700, y Ernst-Hasso RITTER, «Theorie und Praxis parlamentarischer Planungsbeteiligung», en: *Der Staat*, 19 (1980), pp. 413 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 20.

¹³ Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, 1984, p. 907.

¹⁴ Roman HERZOG, en: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, art. 20 VII, número marginal 62.

no *extra Constitutionem*. Al contrario, como toda actuación del poder público, requiere una incardinación en el ordenamiento constitucional. La Ley Fundamental no es por sí misma ni favorable ni contraria a la planificación. Será, por tanto, decisiva la adaptación de cada planificación a las premisas constitucionales. La resolución de este antagonismo es, a su vez, la dificultad y el estímulo del estudio del fenómeno de la planificación planteado desde un punto de vista de la Ciencia de Derecho político.

I. ACERCA DEL CONCEPTO DE LA PLANIFICACIÓN

3. «Planificación» y «Plan»

En cuanto se pretenden precisar los conceptos surgen inmediatamente las primeras diferencias en la utilización de los conceptos «plan», por un lado, y «planificación», por otro.

Así, la planificación abarca normalmente la actividad como tal y el plan define el resultado de la misma¹⁵. Sin embargo, esta diferenciación que se limita a establecer una relación lógico-lingüística no clarifica suficientemente el carácter pluridimensional del plan. Ya que éste es, además de su función instrumental en la presentación de problemas y de sus soluciones, un modelo de acción y, en cuanto tal, será un objeto de planificación, es decir, la base de resolución de una futura realización de los problemas que en él se contienen¹⁶. El plan no es, por tanto, ni estático ni final. De lo que se deduce necesariamente un uso indistinto de los conceptos «plan» y «planificación»¹⁷.

II. PROPUESTA DE UNA DEFINICIÓN UNITARIA

4. Posibles definiciones

A pesar de que el concepto de planificación es parte del lenguaje administrativo técnico, carece de un pasado dogmático. No se trata, por tanto, de conceptos predeterminados¹⁸. Con todo, no faltan in-

¹⁵ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 407; Roman HERZOG, «Planung», en: *EvStL*, Sp. 2503 y ss.; Hartmut MAURER *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1986, p. 332.

¹⁶ Werner HOPPE, «Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle», en: *FG-BVerfG*, I, pp. 663 y ss. (666); Joseph H. KAISER, «Der Plan als Institut des Rechtsstaates und der Marktwirtschaft», en: *íd.*, *Planung*, II, 1966, pp. 25 y ss.; Meinhard SCHRÖDER, *Planung auf staatlicher Ebene*, 1974, p. 8.

¹⁷ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 666.

¹⁸ Klaus OBERMAYER, «Der Plan als verwaltungsrechtliches Instrument», en: *VVDStRL*, 18 (1960), pp. 144 y ss.; Werner HOPPE, «Planung und Pläne in der verwaltungsrechtlichen Kon-

numerables propuestas de definiciones diferentes a fin de poder lograr una mayor aclaración jurídica del concepto.

Las propuestas de definiciones se plantean principalmente bajo dos aspectos.

Definición general

De la misma forma que había sucedido también en la polémica en torno a la planificación, el primer intento de definición buscaba un concepto homogéneo, una definición genérica de la planificación. Así, por ejemplo, OBERMEYER define el plan administrativo como el «proyecto de un órgano administrativo, que pretende alcanzar la realización de un estado determinado mediante medidas diferentes y coordinadas»¹⁹. HERZOG, por otro lado, define el plan como sigue: «es un proyecto en el que se anticipa una actuación intencionada o el conjunto de varias actuaciones y, por tanto, también el objetivo final, a fin de alcanzar con seguridad y de forma rápida y sencilla el resultado deseado. La planificación es, en este sentido, la actividad mediante la cual se elabora un plan en la forma indicada»²⁰.

De estas y otras definiciones altamente abstractas se pueden deducir, con todo, una serie de criterios comunes como pueden ser su referencia al contenido y al futuro, su orientación finalista, su método de aplicación, así como el marco temporal. Podría describirse la planificación, por tanto, como medida de dirección metódica de determinación final de acontecimientos futuros²¹.

En atención a esta descripción surge, sin embargo, la cuestión en torno al sentido último de las definiciones jurídicas. Y éste sólo puede centrarse en la búsqueda de determinadas características comunes de la planificación, que permitirán incluirla en la sistemática de un sistema jurídico preestablecido y proporcionarle, consecuentemente, un carácter operacional²². Una función que no podrá cumplir una definición general, dado que —por mencionar tan sólo algunos de los planes posibles— «carece de sentido tratar de englobar en una misma definición el plan municipal de urbanismo, el plan urgente para la construcción de la red vial nacional o el plan del Gobierno federal para el apoyo y saneamiento de las actividades de la pesca en alta mar»²³.

trolle», en: *FS für Christian-Friedrich Menger*, 1985, p. 747; id. (*op. cit.*, n. 16), p. 666; WÜRTEMBERGER (n. 1), pp. 38 y ss.

¹⁹ OBERMEYER (*op. cit.*, n. 18), p. 150.

²⁰ HERZOG (*op. cit.*, n. 15), Sp. 2503.

²¹ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 704, con extensas referencias en la cita número 23; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), pp. 116 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 60 y ss.; Werner HOPPE, en: Werner Ernst/id., *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht*, 1981, pp. 183 y ss.

²² OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 50; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 666.

²³ Martin OLDICES, *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, 1970, p. 42.

5. Definición parcial

Si, por otro lado, se estudian las diferentes definiciones que existen de unos sectores de la planificación, tampoco se llegará a ningún resultado satisfactorio. «Las definiciones parciales» son tan sólo más concretas en la medida en que, necesariamente, determinan los respectivos objetos de la planificación ²⁴.

Así se aclara, por ejemplo, la definición elaborada por IPSEN sobre la planificación económica como «la totalidad de las actuaciones soberanas finalistas que tienen como objetivo la realización de fines económico-políticos del interés público, influyendo, en aras de su finalidad, en el comportamiento de la economía privada o en las condiciones de participación en el mercado en el plano de la planificación respetando, es decir, procurando limitar posibles menoscabos de su libertad económica constitucional» ²⁵. La complejidad de la planificación deja patente que una definición que englobe todos los elementos heterógeneos no puede tener gran utilidad jurídica ²⁶.

III. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN

6. Tipología de la planificación

En vista de la dificultad existente a la hora de establecer una definición jurídicamente satisfactoria se tiende últimamente a fijar una tipología de la planificación que sustituya las definiciones o que pueda utilizarse como preparación previa a una posible definición posterior ²⁷.

Los resultados actuales de estas categorizaciones son, sin embargo, más bien reducidos ²⁸. Pero no hay que olvidar que una tipología facilitará generalmente la comprensión de las diferentes modalidades de la planificación.

²⁴ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 669.

²⁵ Hans Peter IPSEN, «Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung», en: KAISER (*op. cit.*, n. 16), p. 63 (89).

²⁶ Así también, Werner ERNST, en: *íd./Hoppe (op. cit.*, n. 21), número marginal 3a.

²⁷ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 54 y ss.; STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 708 y ss.; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Planung zwischen Regierung und Parlament», en: *Der Staat*, 11 (1972), p. 429 (436); SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), pp. 322 y ss.; BRÜNNER (n. 6), pp. 151 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 669 y ss.; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 10 y ss.; OBERMAYER (*op. cit.*, n. 18), pp. 151 y ss.; Burkhard DOBIEY, *Die politische Planung als verfassungsrechtliches Problem zwischen der Bundesregierung und Bundestag*, 1975, pp. 16 y ss.

²⁸ *Vid. op. cit.*, n. 18.

1. *Clasificación según el nivel de la planificación: planificación estatal (política) y administrativa*

7. *Planificación estatal-directiva y administrativa*

En relación al nivel de la planificación se distingue entre planificación estatal-directiva (jurídico-pública) y la técnico-finalista (administrativa). Ambas categorías deberán diferenciarse claramente de la planificación de sujetos privados, aunque éstos puedan influir en el sector público, como pueden ser las planificaciones de grandes empresas o partes contratantes en un convenio colectivo o de los partidos políticos²⁹.

La planificación que aquí nos interesa, la estatal-directiva, se denomina también generalmente planificación política³⁰. Lo que implica automáticamente la indefinición propia del concepto de lo político, que carece de contenido jurídico³¹. Y es innegable la existencia de planificaciones administrativas con relevancia política: piénsese, por ejemplo, en las planificaciones para las grandes plantas industriales o en los planes de carreteras.

La planificación estatal-directiva, en contraposición a la planificación administrativa, no será el mero cumplimiento y ejecución de la ley, es decir, no se trata de una actuación estatal accesoria a la ley, sino de la elaboración de unos principios y objetivos fundamentales para el Estado, de la presentación de líneas directivas para la actuación de la Administración y, en fin, de la concepción previsor de la política³². La atribución de esta actividad pública al poder estatal legislativo y ejecutivo no está exenta de problemas³³.

²⁹ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 705; sobre la influencia de los partidos políticos sobre la planificación, *vid.* WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 31 y ss.

³⁰ Cfr., por ejemplo, MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), pp. 345 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 54; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), p. 147; Niklas LUHMANN, *Politische Planung*, 1971, *passim*; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), p. 26; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), p. 14.

³¹ Cfr. STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 18; *íd.* (*op. cit.*, n. 3), p. 708. THIEME considera que, por ejemplo, la planificación que tenga relevancia administrativa es, regularmente, también planificación política, cfr. Werner THIEME, *Verwaltungslehre*, 1977, § 106 C.

³² MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), p. 346; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 709.

³³ *Vid.* notas números 40-42.

2. Clasificación según la naturaleza de la planificación

8. Clasificación según la naturaleza de la planificación

Otro tipo de clasificación posible se rige por la naturaleza de la planificación y sus posibilidades son múltiples. En atención a la doctrina actual³⁴ se hará una referencia a las principales:

a) Planificación funcional (o finalista) y planificación de recursos

9. Planificación funcional (o finalista) y planificación de recursos

Los objetos clásicos de la planificación estatal-directiva son la planificación funcional, generalmente también denominada finalista, y la de recursos.

La planificación funcional refleja claramente la evolución que ha habido en la actividad estatal, que, partiendo de una actividad más bien reactiva, ha terminado consistiendo en una actuación previsoras y activa del Estado prestacional moderno³⁵. Es parte de la actividad gubernamental fundamental, o sea: consiste en determinar el modo, la dimensión y el orden de las funciones que se realicen por el sector público³⁶.

La planificación de recursos es fundamentalmente una planificación económica³⁷, ya que relaciona de forma realista los objetivos establecidos en la planificación funcional con los medios económicos existentes y asegura así la realización de los proyectos elaborados en éste³⁸. En parte se incluyen entre los elementos necesarios, además de

³⁴ Cfr. BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), pp. 151 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 56 y ss.; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 25 y ss.; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 438 y ss.; Norbert KLEFFMANN, «Die Mitwirkungsmöglichkeiten des Parlaments bei Planungsentscheidungen», en: *BayVBl*, 1979, pp. 421 y ss.; STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 709 y ss.; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 16 y ss.

³⁵ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 56.

³⁶ BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 437; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 56; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), p. 344; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), p. 18; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), p. 151; Fritz SCHARPF, «Koordinationsplanung und Zielplanung», en: Renate Mayntz/Fritz Scharpf (ed.), *Planungsorganisation*, 1973, pp. 109 y ss.; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 85.

³⁷ Tomo IV. *Der Staatshaushalt*.

³⁸ MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), p. 344; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 710. De forma optimista indica WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 59, el contenido y función propia de la planificación de funciones frente a la planificación financiera. La planificación financiera determina el volumen del gasto y dentro de éstas la planificación de objetivos tiene el significado de función pública; asimismo SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 13 y ss.; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 439; Rainer WAHL, «Notwendigkeit und Grenzen langfristiger Aufgabenplanung gegenüber der Finanzplanung», en: *Der Staat*, 11 (1972), p. 459 (460). Cfr. frente a éstos MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), p. 344, que indican que una parte importante de la planificación ha fracasado en los últi-

los medios económicos, también el elemento del «consenso» entendido como la conformidad personal con el sistema constitucional y con los diferentes programas y medidas políticas³⁹.

b) *Planificación global y especial*

10. *Planificación global y especial*

Otro posible criterio de diferenciación que atiende a la planificación administrativa y a su desarrollo jurídico ordinario, es la planificación global y especial⁴⁰. Entendiendo por planificación global la planificación suprasectorial que hace referencia a un espacio determinado y que incluye todos los factores que pudieran tener relevancia para el territorio como son el desarrollo de la urbanización, el asentamiento industrial, el desarrollo de la red vial, la protección del medio ambiente y paisaje, etc., coordinando todos estos aspectos entre sí⁴¹. En cambio, las planificaciones especiales son planificaciones ajustadas a proyectos determinados, desarrollando materias específicas concretas⁴².

c) *Planificación programática y de medidas*

11. *Planificación programática y de medidas*

El criterio diferenciador entre la planificación programática y la de medidas se basa en el grado de concreción de cada una⁴³. La planificación programática se centra específicamente en la elaboración de concepciones, mientras que la planificación de medidas se orienta en las decisiones y en la realización de la planificación programática⁴⁴.

mos tiempos, debido a la falta de relación del sistema de planificación de funciones con el sistema económico. Cfr. también BRUNNER (*op. cit.*, n. 6), p. 153; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), p. 18, tomo I; VOGEL, § 27, números marginales 33 y ss.

³⁹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 58 y ss.

⁴⁰ SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 322; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 436; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 28.

⁴¹ SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 322; HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 753; *id.*, en: Werner HOPPE/Rainard MENKE, *Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und des Landes Rheinland-Pfalz*, RuL, 1986, números marginales 38 y ss.

⁴² SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 323; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 41; Werner HOPPE/Hans SCHLARMANN, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrslagen*, 1981, números marginales 10 y ss.; Ulrich BATTIS, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 1981, p. 19, números marginales 23-27.

⁴³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 59 y ss.; OSSENBUHL, (*op. cit.*, n. 8), p. B 28.

⁴⁴ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 710; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 439; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), pp. 153 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 100 y ss.

Generalmente es ésta una planificación administrativa, mientras que aquélla es de carácter estatal-directivo.

d) *Planificación de ordenación y de desarrollo*

12. *Planificación de ordenación y de desarrollo*

Los conceptos de planificación de ordenación y de desarrollo atienden a los distintos grados de intensidad y profundidad⁴⁵. Con la planificación de ordenación y de adaptación, inspirada en los principios de orden liberal se adapta el entorno a los procesos económicos y sociales ya existentes⁴⁶. Frente a este método pasivo de planificación la de desarrollo pretende influir en el entorno, formando y modificando la sociedad, es decir, configurándola activamente⁴⁷.

3. *Clasificación en atención al factor temporal*

13. *Planificación y factor temporal*

El factor temporal es decisivo teniendo en cuenta la proyección de futuro de la planificación. Se distinguen, consecuentemente, las planificaciones a corto plazo (1 a 2 años), a medio plazo (3 a 7 años) y a largo plazo (7 a 15 años)⁴⁸. Todas estas planificaciones con una duración tan diferente se encuentran a menudo interrelacionadas entre sí, disminuyendo de ordinario el grado de concreción en relación a la duración de las mismas⁴⁹.

⁴⁵ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 27.

⁴⁶ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 63 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 116 y ss.

⁴⁷ WAHL (*op. cit.*, n. 6), tomo I: *Das Planungssystem der Landesplanung. Grundlagen und Grundlinien*, 1978, p. 251; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 64; en detalle OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 30 y ss.; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), pp. 74 y ss.; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 12.

⁴⁸ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 710; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), p. 18; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 16.

⁴⁹ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 28 y ss.

4. Clasificación en atención a la forma jurídica

14. Planificación y forma jurídica

Un plan puede adoptar una forma jurídica tradicional, como, por ejemplo, una ley⁵⁰, un reglamento⁵¹, unos estatutos⁵² o un acto administrativo⁵³. En algunos supuestos será el legislador el que determine la forma de actuación. Sin embargo, esta diferenciación no suele aparecer en la legislación de ordenación territorial central y de los *Länder*⁵⁴, ni en toda una serie de planificaciones finales y de funciones estatal-directivas o la planificación económica, ni en las planificaciones o programas de garantía de prestaciones energéticas, de medio ambiente, de investigación, de coyuntura y de inversión⁵⁵.

5. Clasificación atendiendo a su modo de operar

15. Modo de operar de los planes

No se pueden estudiar los efectos de un plan independientemente de su forma jurídica. Generalmente se ha distinguido entre planificaciones indicativas, influyentes e imperativas.

Planes indicativos

Los planes indicativos o informativos engloban una serie de datos y de cálculos previsores⁵⁶. Su utilidad se centra esencialmente en los datos orientativos que elabora, proporcionando a las instancias estata-

⁵⁰ Así, la ley sobre la construcción de carreteras federales en los años 1971-1985, 25 de agosto de 1980 (BGBl I, S. 1615).

⁵¹ Así, el programa de desarrollo del *Land* en Baviera en aplicación del artículo 14, párrafo 3, BayLPIG y el plan de aguas residuales en Renania del Norte/Westfalia en aplicación al párrafo 56, párrafo 6, LWG Renania del Norte/Westfalia.

⁵² Así, el plan de urbanismo municipal en aplicación al párrafo 10 BauGB y el plan de paisaje de Renania del Norte/Westfalia en aplicación del artículo 16, párrafo 2.º, inciso 1.º, de la Ley de paisaje de Renania del Norte/Westfalia.

⁵³ Así, la decisión de declaración del plan, cfr. HOPPE/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), número marginal 47; cfr. sobre las formas de los planos en general OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 46; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 671; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 711.

⁵⁴ Cfr. al respecto HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 293 y ss.; Wilfried ERBGUTH, en: Walter Bielenberg/Wilfried Erbguth/Wilhelm Söfker, «Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar und Textsammlung», *Losebl.*, de julio de 1985, M 500, números marginales 8 y ss.; Johannes GROOTERHORST, *Die Wirkung von Zielen der Raumordnung und der Landesplanung gegenüber Vorhaben nach § 34 BBauG*, 1985, *passim*.

⁵⁵ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 712.

⁵⁶ Hans-Uwe ERICHSEN/Wolfgang MARTENS, «Das Verwaltungshandeln», en: *id.* (ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1986, p. 271; BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), pp. 30 y ss.; OBERNDORFER

les o incluso a sujetos privados una serie de material para la toma de decisiones y de disposiciones. Careciendo, por tanto, de vinculación jurídica⁵⁷. Por otro lado, no deberá ser ignorada la «forma de acción política en el ámbito parlamentario-gubernamental-administrativo», ni tampoco la «influencia mediata sobre el ciudadano que ha de tener en cuenta las planificaciones en el cúmulo de datos previo a sus decisiones»⁵⁸. Sin embargo, todos estos modos diferentes de operar de tan difícil valoración complican su atribución a los correspondientes poderes estatales⁵⁹.

16. *Planes influyentes*

Nos encontramos ante los mismos problemas cuando se trata de los llamados planes influyentes, ya que, al igual que en el supuesto anterior, no hay ningún efecto jurídico vinculante. En contraposición a los planes indicativos, los llamados influyentes fijan sus metas y prioridades y buscan su realización mediante estímulos para las actuaciones conformes al plan (por ejemplo, mediante subvenciones y desgravaciones fiscales) o desventajas para actuaciones contrarias a los planes (por ejemplo, gravámenes fiscales)^{60 61}.

17. *Planes imperativos*

En contraposición a los dos grupos anteriores, los planes imperativos originan efectos jurídicos vinculantes para sus respectivos destinatarios. Este efecto jurídico vinculante sólo puede desarrollarse, por un lado, con carácter interno frente a los órganos administrativos de la misma persona jurídica sujetos a instrucciones (así, por ejemplo, disposiciones administrativas); por otro lado, pueden darse ciertos efectos frente a terceros, cuando afecten las regulaciones de la relación entre el Estado y terceros no sujetos a instrucciones (ciudadanos, entes autónomos). Ello es aplicable especialmente a los reglamentos con efectos frente a terceros, estatutos y actos administrativos⁶². En conse-

(*op. cit.*, n. 6), pp. 245 y ss.; Roland VOIGT, «Die Rechtsformen staatlicher Planung», en: Kaiser (*op. cit.*, n. 5), *Planung*, I, p. 83.

⁵⁷ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 751 y ss.; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 29.

⁵⁸ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 712.

⁵⁹ *Vid.* números marginales 28 y ss.

⁶⁰ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 29; MAURER (*op. cit.*, n. 15), p. 326; OBERNDORFER (*op. cit.*, n. 5), p. 246; VOIGT (*op. cit.*, n. 56), p. 21.

⁶¹ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 752.

⁶² HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 752; OBERNDORFER (*op. cit.*, n. 5), p. 246; VOIGT (*op. cit.*, n. 56), p. 22; asimismo SCHEUNER (*op. cit.*, n. 56), p. 85, y BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), p. 31, que utiliza el término de planificación normativa.

cuencia, la relación entre la forma jurídica y el modo de operar de la planificación de los planes imperativos puede describirse como sigue: siempre y cuando un plan haya adoptado la forma jurídica de una de las categorías jurídicas previamente mencionadas, se determinarán los efectos dependiendo de su forma correspondiente de actuación ⁶³.

6. *Resumen*

18. *El valor limitado de clasificaciones*

La naturaleza de las clasificaciones expuestas *ut supra* es meramente descriptiva ⁶⁴ y no se puede sacar ningún tipo de consecuencia jurídica. Tampoco debe olvidarse que los tipos de planificación expuestos son formas ideales que en la práctica no se dan como tales, sino generalmente más bien en combinaciones diferentes ⁶⁵. Razón por la que esta tipología pierde cualquier función identificadora y su valor práctico es más bien limitado ⁶⁶. Una solución jurídica de esta problemática tan sólo podrá alcanzarse objetivamente relacionando cada frase o parte de un plan con los principios jurídicos aplicables. Es decir, será determinante la norma aplicable a cada plan ⁶⁷.

IV. LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE PLANIFICACIÓN

19. *La estructura de las normas de planificación*

En atención a la importancia de las normas jurídicas para todos los ámbitos jurídicos relevantes y, por tanto, también para la planificación, se hará especial referencia en este lugar a la estructura específica de la norma de planificación.

La norma jurídica clásica se compone de un hecho que, cuando se da, provoca una consecuencia jurídica determinada. Está redactada según el esquema «si sucede esto, la consecuencia será aquella». Estas

⁶³ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 712; HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 752.

⁶⁴ Más criterios decisivos en relación a la exposición sobre la clasificación, cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 699 y ss.

⁶⁵ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 671; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 30; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 435.

⁶⁶ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 671; *id.*, «Kommunale Selbstverwaltung und Planung», en: *FG für Georg-Christoph von Unruh*, 1983, p. 555 (557).

⁶⁷ HOPPE (*op. cit.*, n. 66), p. 558; *id.* (*op. cit.*, n. 18), pp. 747 y ss.; para los planes directivos de urbanismo, HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 173.

normas tienen un carácter condicional. Son reglas de comportamiento directas con una previa programación abstracta y general ⁶⁸.

En cambio, las normas que habilitan para la planificación ejecutiva están programadas para la realización concreta de determinados objetivos, indican a la Administración la orientación que han de tener las medidas, así como a la configuración del entorno social. Las normas de planificación tienen carácter final y se basan en el esquema de «medios y fin» ⁶⁹.

20

La planificación se diferencia, por tanto, de los programas condicionales e incluye, además, elementos de pronóstico y de valoración de resultado que prácticamente no pueden ser descritos mediante el concepto de la discrecionalidad en la planificación ⁷⁰. Las decisiones de pronóstico configurativas del procedimiento se diferencian cualitativamente de las formas tradicionales de la actuación administrativa. Se puede decir que hasta cierto punto son más «libres». Es decir, que el «proyecto jurídico de comportamiento» que se incluye en los planeamientos para la realización jurídica es muy amplio ⁷¹. Sin embargo, este ámbito no está exento de límites, ya que no puede olvidarse la validez ilimitada de la vinculación de la Administración a la ley y al Derecho de acuerdo al artículo 20, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental de Bonn. En estos supuestos será mucho más difícil determinar la limitación concreta de las decisiones de pronóstico que en el supuesto de programas condicionales.

⁶⁸ WAHL (*op. cit.*, n. 47), pp. 48 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 186; *id.* (*op. cit.*, n. 66), p. 558; *id.* (*op. cit.*, n. 18), p. 775; *id.* (*op. cit.*, n. 41), números marginales 441 y ss.

⁶⁹ HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 186; *id.* (*op. cit.*, n. 66), p. 558.

⁷⁰ HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 173; Peter BADURA, «Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsrechts», en: *FS zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes*, 1972, p. 152 (172). En relación al pronóstico de la planificación, *vid.* Werner HOPPE, «Gerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen», en: *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, pp. 295 y ss.; Michael NIERHAUS, «Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung», en: *DVBt*, 1977, p. 19 (22); Peter TETTINGER, «Überlegungen zu einem administrativen "Prognosespielraum"», en: *DVBt*, 1982, pp. 421 y ss.

⁷¹ HOPPE/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), número marginal 166 con más referencias.

B. SISTEMAS DE PLANIFICACION EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

21. *Diferentes sistemas de planificación*

En la República Federal de Alemania se diferencian generalmente los siguientes sistemas de planificación:

I. EL «SISTEMA» DE LA PLANIFICACIÓN GUBERNAMENTAL

Planificación gubernamental

La planificación gubernamental es la que tiene la menor estructura jurídica. Es idéntica a la planificación estatal-directiva (política), tal y como se ha indicado *ut supra*⁷² y podría ser descrita como sigue: «Es la planificación programática y de objetivos, a medio y largo plazo que, generalmente, se limita a una planificación de marco, desarrollada con carácter previo al proceso legislativo y que coordina e integra la planificación especial con la planificación global elaborando, por tanto, propuestas de resolución para éstos (en relación a su extensión, a las prioridades temporales y a la necesidad de coordinación)»⁷³. Se puede decir, en definitiva, que la planificación gubernativa tiene fundamentalmente carácter programático, ya que, aunque se base fundamentalmente en leyes existentes, su objetivo puede ser la introducción de modificaciones legislativas en la vía preestablecida⁷⁴.

Generalmente se considera insuficiente la posibilidad que concede la Constitución para llevar a cabo una actuación coordinada entre el Canciller federal y los ministros a la hora de solucionar las funciones estatales⁷⁵. Las medidas institucionales, como puede ser la ampliación de las funciones de la Cancillería para convertirla en un puesto de planificación y coordinación, en el que se reúnan regularmente los delegados de planificación de los ministros, tampoco parece resolver la demanda de una planificación política⁷⁶. Razón por la cual surge la demanda de una planificación global integral, previa a la planificación de recursos⁷⁷.

⁷² *Vid.* números marginales 6 y ss.

⁷³ BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 437.

⁷⁴ Johannes DEPENCROCK/Herbert REINERS, «Landesplanungsgesetz Nordrhein-Westfalen», *Kommentar*, 1985, Introducción número marginal 2.

⁷⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Helmut LIESEGANG, en: v. Münch II, artículo 65, número marginal 28.

⁷⁶ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 75), artículo 65, número marginal 29; Klaus KÖNIG, «Koordination und Regierungspolitik», en: *DVBl*, 1975, p. 225 (235 y ss.).

⁷⁷ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 75), artículo 65, número marginal 29.

22

Sin embargo, estas observaciones se encuentran en clara contraposición con el principio de especialidad ministerial ⁷⁸ recogido en el artículo 65, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental, ya que la fijación vinculante del plan limitaría en términos demasiado amplios la dirección autónoma de los departamentos ⁷⁹ fijada en esta norma constitucional. Una modificación de la Constitución debería pensar en intensificar, en primer lugar, el principio de gabinete ⁸⁰ y atribuirle al gabinete la competencia para la planificación global y directiva, así como su coordinación ⁸¹.

II. EL «SISTEMA» DE LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL GLOBAL

23. *Planificación territorial global*

La planificación territorial global debe de ser incluida en el sistema del Derecho de planificación territorial, que engloba todas aquellas normas jurídicas que tienen relación con la planificación territorial ⁸² del sector público en todos los ámbitos y materias ⁸³.

El Derecho de ordenación territorial incluye el planeamiento territorial global y el planeamiento territorial especial ⁸⁴. Mientras que el Derecho de planeamiento especial está distribuido en toda una serie de leyes de la Federación y de los Estados, el Derecho de la planificación territorial global se recoge sólo en unos pocos códigos federales y códigos de planeamiento de los Estados.

El Derecho de planeamiento global se regula en la Ley federal de ordenación territorial y ordenación urbana (Bundesraumordnungsge-

⁷⁸ Tomo II, ACHTERBERG, § 52, números marginales 33 y ss.

⁷⁹ Tomo II, SCHRÖDER, § 50, número marginal 20.

⁸⁰ Tomo II, SCHRÖDER, § 50, número marginal 15; ACHTERBERG, § 52, números marginales 58 y ss.

⁸¹ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 75), artículo 65, número marginal 29; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 458; Josef KÖLBLE, «Ist Art. 65 GG (Ressortprinzip im Rahmen von Kanzlerichtlinien und Kabinettsentscheidungen) überholt?», en: *DÖV*, 1973, p. 1 (11).

⁸² Sobre este concepto, *vid.* HOPPE (*op. cit.*, n. 66), p. 559; Gerhard ZOUBEK, *Das Raumordnungsverfahren - Eine rechtsvergleichende Darstellung des förmlichen landesplanerischen Abstimmungsinstrumentes*, 1977, pp. 41 y ss.

⁸³ HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 38; Reinhard HENDLER, «Zur Einführung: Raumplanungsrecht», en: *JuS*, 1979, p. 618; ERNST (*op. cit.*, n. 26), número marginal 4; BATTIS (*op. cit.*, n. 42), p. 215; HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 753.

⁸⁴ *Vid.* números marginales 26 y ss.

setz, en adelante: ROG)⁸⁵ y en una ley marco, así como las leyes de desarrollo de los *Länder*.

El Derecho de planeamiento global local se recoge en la Ley de Suelo y de ordenación urbana (Baugesetzbuch, en adelante: BauGB)⁸⁶. Se incluyen las regulaciones⁸⁷ sobre la necesaria interrelación entre los distintos ámbitos de planeamiento del orden territorial y el planeamiento de los *Länder* y los planes directores de urbanismo (*Bauleitplanung*) atribuida a los municipios⁸⁸.

24. Ordenación territorial y planificación de los Länder

«Supremacía» e «integración» son las características que definen tanto la ordenación territorial central como la de los *Länder*⁸⁹. Supremacía indica la prevalencia de la ordenación territorial central y de los *Länder* frente a los planes directivos de urbanismo y planeamiento especial mediante fijación de objetivos y marcos obligatorios frente a planeamientos subordinados. Por un lado, ello supone que ha de limitarse a los criterios de la supraterritorialidad y supraespecialidad⁹⁰. Y, por otro lado, la ordenación territorial central y la de los *Länder* deben asumir la función de elaborar un plan conjunto, es decir, recoger las ponderaciones de todas las pretensiones territoriales incluyendo la participación de todos los titulares del planeamiento afectados, con el objetivo de conseguir la vinculación jurídica de un plan equilibrado de ordenación territorial⁹¹.

⁸⁵ ROG de 8 de abril de 1965 (BGBl, I, p. 306), por último, modificado mediante el artículo 1 de la Ley de defensa del patrimonio artístico en el Derecho federal del 1 de junio de 1980 (BGBl, I, S. 649).

⁸⁶ Ley del suelo y de ordenación urbana en su versión del 8 de diciembre de 1986 (BGBl, I, p. 2253).

⁸⁷ El anterior StBauFG regulador de la planificación general local se incluye ahora en el BauGB.

⁸⁸ GROOTERHORST (*op. cit.*, n. 54), p. 1, «Zu den "Materialien zum Baugesetzbuch", Stellungnahme der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (Hannover)», en: DVBl, 1985, p. 433; reticente Wilfried ERBGUTH, *Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 1983, número marginal 5. Sobre la historia de la legislación, cfr. Werner CHOLEWA/Hartmut DYONG/Hans-Jürgen von der HEIDE, *Raumordnung in Bund und Ländern, Kommentar zum Raumordnungsgesetz des Bundes und Verschriftensammlung aus Bund und Ländern*, Stand: Februar 1985, nota previa, II, número marginal 1; GROOTERHORST (*op. cit.*, n. 54), p. 112.

⁸⁹ HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 47. Esta descripción se basa en el dictamen sobre Derecho de urbanismo del Tribunal Constitucional federal del 16 de junio de 1954 —1 PBvV 2/52—, BVerfGE, 3, 407 y ss. (425). En detalle al respecto Johannes GROOTERHORST, «Die Aufstellung von Bebauungsplänen zur Verwirklichung von freiraumschützenden Zielen und Recht des Naturschutzes und der Landschaftspflege», en: NuR, 1985, pp. 222 y ss.

⁹⁰ Vid. en detalle HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 50 y ss.; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), números marginales 9 y ss.

⁹¹ Werner HOPPE, «Verwirklichung von Umweltschutz durch Raumordnung und Landesplanung», en: FS für Hans Ulrich Scapin, 1983, p. 737 (739); íd. (*op. cit.*, n. 41), números marginales 50 y ss.; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), números marginales 350 y ss.

La ordenación territorial central y de los *Länder* se lleva a cabo en diferentes niveles; y concretamente en cuanto al *Bund*, mediante el planeamiento del *Bund* (ordenación territorial del *Bund*) y en cuanto al *Land*, mediante el planeamiento superior del *Land* y planeamiento regional ⁹².

25. *Planes directores de urbanismo* (Bauleitplanung)

La planificación urbanística es la planificación global local. Se regula en la Ley de Suelo y de ordenación urbana (Baugesetzbuch, en adelante: BauGB). Y se realiza mediante los instrumentos del plan de usos del suelo y plan de edificación (*Flächennutzungsplan und Bebauungsplan*) (párrafo 1, párrafo 2.º, BauGB). La Ley de Suelo y de ordenación urbana incluye, además, toda una serie de medidas que tienden a asegurar la realización del plan ⁹³. En algunos supuestos se incluyen los planes directores de urbanización en el planeamiento especial ⁹⁴. A ello hay que oponer, sin embargo, que los planes directores de urbanismo deberán regular la totalidad del desarrollo urbanístico del municipio, la coordinación de la planificación de los diferentes entes del municipio, así como la ponderación de los intereses públicos y privados que se ven afectados por ello (párrafos 1-4 BauGB) ⁹⁵, además de la regulación de la utilización concreta del suelo. Por ello, habrá que concluir finalmente que los planes directores de urbanismo deberán incluirse en la planificación global ⁹⁶.

⁹² HOPPE (*op. cit.*, n. 41, número marginal 44); ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), pp. 52 y ss. (nivel superior) y pp. 94 y ss. (nivel regional), ofrece un resumen de las diferentes planificaciones del *Land* en cada uno de los *Länder*. Cfr. también HOPPE (*op. cit.*, n. 41) y sus indicaciones sobre el Derecho de ordenación territorial y del *Land*; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88); CHOLEWA/DYONG/VON DER HEIDE (*op. cit.*, n. 88); SCHMITT GLAESER/KONIG (*op. cit.*, n. 1); BIELENBERG/ERBGUTH/SÖFKER (*op. cit.*, n. 54), *passim*.

⁹³ Vid. el resumen de Werner HOPPE, «Baurecht I (Bauplanungsrecht)», en: Otto Kimminich/Heinrich Kreiherr von Lersner/Peter-Christoph Storm (ed.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, 1986, además íd. (*op. cit.*, n. 21), número marginal 111; BATTIS (*op. cit.*, n. 42), pp. 74 y ss.

⁹⁴ Walter BIELENBERG, en: Werner ERNST/Wille ZINKAHN/Walter BIELENBERG, *BBauG, Kommentar*, abril 1984, introducción al número marginal 55; también Ludwig HEIGL/Rüdiger HOSCH, *Raumordnung und Landesplanung in Bayern, Kommentar und Vorschriftensammlung*, 1 de enero de 1985, artículo 1, BayLPlG, número marginal 7.

⁹⁵ ERNST (*op. cit.*, n. 26), número marginal 11.

⁹⁶ ERNST (*op. cit.*, n. 26), número marginal 11; SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 322; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 46; íd. (*op. cit.*, n. 21), número marginal 119; HENDLER (*op. cit.*, n. 83), p. 619, nota 13; Ernst FORSTHOFF/Willi BLÜMEL, *Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht*, 1970, pp. 19 y 21.

III. EL «SISTEMA» DE LA PLANIFICACIÓN ESPECIAL

26. Planificación especial

La planificación especial, realizada por los titulares del planeamiento especial del *Bund* o de los *Länder*, debe resolver, bajo aspectos de especialidad material⁹⁷, la problemática creada por las materias mismas. Ello es aplicable especialmente al planeamiento de redes de carreteras, viales y de agua y aprovechamiento de aguas, aeropuertos, campos militares de maniobra e instrucción y proyectos similares⁹⁸.

Manifestaciones

Las distintas modalidades de planificación especial se pueden dividir entre elaboración del plan, regulaciones de uso y demás planificaciones especiales y territoriales⁹⁹. La elaboración del plan tiene como finalidad la creación de planes vinculantes de instalaciones especiales (calles, canales, aeropuertos). Las regulaciones de uso deberán fijar determinados territorios (zonas de protección de agua, zonas militares) a los que se aplicarán regulaciones específicas, especialmente en relación a la utilización del suelo. Las demás planificaciones que se ocupan de materias específicas, que no hayan podido ser incluidas en las dos categorías anteriores (planeamiento de paisaje, planeamiento de necesidades hospitalarias), se atribuirán a la última categoría de planeamiento especial territorial restante¹⁰⁰.

A pesar de poder sistematizar el Derecho de planificación especial como se ha indicado, ello no implica que desde un punto de vista de sistemática legal pueda hablarse de un planeamiento especial en sentido estricto, dado que los fundamentos legales de las diferentes planificaciones especiales están distribuidos en toda una serie de leyes del *Bund* y de los *Länder*¹⁰¹. Y será el artículo 73 en su catálogo de competencias de la Constitución el que regule la competencia legislativa distribuida por materias. No hay un título de competencias superior al

⁹⁷ HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 41; id. (*op. cit.*, n. 18), p. 753; BATTIS (*op. cit.*, n. 42), p. 19.

⁹⁸ SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 323; cfr. también el esquema sobre las planificaciones especiales en HOPPE/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 15 y ss.; sobre la planificación especial en Derecho del medio ambiente, *vid.* Rudiger BREUER, «Umweltschutzrecht», en: Ingo von Münch (ed.): *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1985, p. 563.

⁹⁹ HENDLER (*op. cit.*, n. 83), p. 619; Rüdiger BREUER, *Die hobeitliche raumgestaltende Planung*, 1968, pp. 43, 156.

¹⁰⁰ HENDLER (*op. cit.*, n. 83), p. 619.

¹⁰¹ Esquema en SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 323, y HOPPE/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 15 y ss.

reparto material para la «planificación especial»¹⁰². Sin embargo, puede observarse cierta codificación de las normas de elaboración del plan, cuyos principios han sido regulados en las leyes administrativas del *Bund* y de los *Länder* (cfr. parágrafos 72-78 VwVfG —Verwaltungsverfahrensgesetz— Ley de Procedimiento Administrativo).

Relaciones con la ordenación territorial central y la de los Länder

En la relación de la planificación especial frente a la ordenación territorial central y la de los *Länder*¹⁰³ hay que decir que nos encontramos ante el principio de la supremacía de la ordenación territorial central y de los *Länder*. Desde un punto de vista de técnica jurídica ésta se alcanza mediante varias cláusulas de ordenación territorial, recogidas en el Derecho de planificación especial, así como mediante las cláusulas de ordenación territorial generales del parágrafo 45-4 ROG, que fijan una obligación de respeto de los objetivos de la ordenación territorial central y de los *Länder* en el planeamiento especial¹⁰⁴.

C. LA PLANIFICACION EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES ESTATALES

28. *Planificación y división de poderes*

El tratamiento del tema de la «planificación» desde una perspectiva de Derecho público se centra en la cuestión de la atribución de esta actuación estatal a cada uno de los poderes estatales¹⁰⁵. Y es, especialmente, la planificación estatal-directiva la que plantea los mayores problemas. La planificación administrativa es, como ya indica su nombre, dominio del poder ejecutivo e inicialmente únicamente planteaba algunos problemas en relación a la protección jurídica¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. SCHMITT GLAESER/KÖNIG (*op. cit.*, n. 1), p. 323.

¹⁰³ *Vid.* números marginales 23-25.

¹⁰⁴ Un esquema de las cláusulas de ordenación territorial se encuentra en CHOLEWA/DYONG/VON DER HEIDE (*op. cit.*, n. 88), nota previa a XI, número marginal 9; FORSTHOFF/BLÜMER (*op. cit.*, n. 96), p. 108; HEIGL/HOSCH (*op. cit.*, n. 94), A 1/3.

¹⁰⁵ Cfr. sólo las monografías de WÜRTENBERGER (*op. cit.*, n. 1); BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6); Graf VIZTHUM (*op. cit.*, n. 6); SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), y DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), *passim*: STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 713 y ss.

¹⁰⁶ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 715; cfr., por ejemplo, soluciones para los planes de ordenación territorial ERBGUTH (*op. cit.*, n. 54), M 500, números marginales 1 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 362 y ss.; sobre la protección jurídica contra el planeamiento administrativo HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 752 y ss.; Hans SCHLARMANN, «Rechtskontrolle von Planungen in der Bundesrepublik Deutschland», en: Josef Azizi/Stefan Griller (ed.), *Rechtsstaat und Planung*, 1982, pp. 1 y ss.

Regulaciones constitucionales

En su versión originaria la postura de la Constitución era bastante «neutral» en relación a la planificación. Tan sólo preveía de forma expresa el plan presupuestario ¹⁰⁷. Sin embargo, actualmente la Constitución recoge algunas regulaciones sobre la planificación estatal-directiva, que se expondrán a continuación antes de intentar un encuadramiento general.

I. LA DISTRIBUCIÓN DE LA FUNCIÓN DE LA PLANIFICACIÓN
ENTRE EL GOBIERNO Y EL PARLAMENTO EN BASE
A UNA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EXPRESA

29

La Ley Fundamental recoge expresamente cinco tipos de planeamiento:

1. *El plan presupuestario: artículo 110 de la Ley Fundamental*

El plan presupuestario recogido en el artículo 110 de la Constitución es un acto soberano de dirección estatal que adopta la forma de ley. Se trata de un plan económico y, por tanto, de una decisión fundamental económica y respecto de ámbitos capitales de la política ¹⁰⁸.

Del artículo 110, párrafos 2 y 3, de la Constitución federal de Bonn se deduce que el plan de presupuestos federales tan sólo puede ser presentado por el Gobierno y no puede ser el resultado de un proyecto de iniciativa del Parlamento federal (*Bundestag*) o del Senado federal (*Bundesrat*) ¹⁰⁹. El Parlamento federal deberá aprobar los presupuestos federales mediante ley y podrá modificar el proyecto presentado por el Gobierno o simplemente rechazarlo en pleno ¹¹⁰. No dispone, sin embargo, de la facultad de rechazo o aceptación parcial del mis-

¹⁰⁷ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 713.

¹⁰⁸ BVerfGE, 45, 1 (32); Theodor MAUNZ, en: Maunz Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 110, número marginal 16; Franz KLEIN, en: Schmidt-Bleibtreu/Klein, *Komm. z. GG*, artículo 110, número marginal 3; id., «Bund und Länder nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes», en: *HdbVerfB*, pp. 892 y ss.; Herbert FISCHER-MENSHAUSEN, en: v. Münch, III, artículo 110, número marginal 1; STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 1200 y ss. Tomo IV, *Der Staatshaushalt*.

¹⁰⁹ BVerfGE, 45, 1 (46): MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 21; F. KLEIN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 7; FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 20; en contra, Heiko FABER, en: GG-AK, artículo 110, número marginal 10; Reinhard MUGNUG, *Der Haushaltsplan als Gesetz*, 1976, pp. 355 y ss.

¹¹⁰ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 24; F. KLEIN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 5.

mo. En caso de presentarse este supuesto, deberá rechazar el proyecto en su totalidad y el Gobierno queda obligado a tomar de nuevo la iniciativa y a presentar una nueva propuesta¹¹¹. Será el Gobierno federal el que ejecute el plan de presupuestos generales aprobados por el Parlamento federal¹¹² y éste, a su vez, el que conceda la aprobación del presupuesto (art. 114 Ley Fundamental)¹¹³.

30. Concepción parlamentaria-gubernamental del planeamiento de los presupuestos

De la regulación global del Derecho presupuestario en la Constitución se deduce, así pues, lo siguiente: el Parlamento y el Senado federal tienen el derecho de votación de los presupuestos, el derecho de control y el derecho de aprobación; el Gobierno federal, en cambio, el derecho de iniciativa y el de ejecución.

Esta división de funciones responde a la disposición que el Gobierno federal tiene sobre el aparato administrativo y sobre las informaciones que le permiten elaborar los presupuestos generales, así como llevar a cabo su ejecución¹¹⁴. El derecho de aprobación de los presupuestos corresponde tradicionalmente al Parlamento¹¹⁵. El modelo participativo del Gobierno y el Parlamento en los presupuestos generales recogido en la Ley Fundamental puede ser definido, por tanto, como una concepción parlamentaria-gubernamental¹¹⁶.

Hay que añadir, sin embargo, que esta división de funciones en la elaboración del plan de presupuestos generales entre el Gobierno y el Parlamento no suele mantenerse en su forma más pura.

Es preciso hacer referencia en este lugar al poder del Ministro federal de Economía recogido en el artículo 112 de la Constitución de Bonn, quien puede aprobar ciertas transgresiones del presupuesto aprobado por el Parlamento¹¹⁷, así como, por otro lado, el Poder legislativo tiene la posibilidad de reservarse la aprobación de determi-

¹¹¹ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 25; FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 20.

¹¹² FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), nota previa artículos 110-115, número marginal 105; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 70. No se menciona expresamente en la Constitución la atribución de la competencia de ejecución, se deduce del conjunto del sistema del Derecho y procedimiento presupuestario recogido en la Constitución.

¹¹³ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), nota previa artículos 110-115, número marginal 5; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG* (*op. cit.*, n. 108), artículo 114, número marginal 19; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 114, números marginales 59 y ss.

¹¹⁴ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 20; *id.*, nota previa, artículos 110-115, número marginal 5; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 1211.

¹¹⁵ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 25; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 1219; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 312 y ss.

¹¹⁶ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 715.

¹¹⁷ Cfr. aquí de forma detallada el BVerfGE, 45, 1 y ss.; FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 112, números marginales 6 y ss.; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 112, números marginales 17 y ss.

nados puntos y de ceder la aprobación definitiva al Poder ejecutivo en un marco determinado (la llamada reserva de aprobación) ¹¹⁸.

2. *La planificación financiera: artículos 106, párrafo 3.º, y 109, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental*

31. *Planificación financiera*

La planificación financiera es el resultado de la toma de conciencia de que los presupuestos del Estado, limitados temporalmente a un año, pueden conducir a perspectivas demasiado puntuales y limitarse a un plazo demasiado corto. Como consecuencia, la Constitución recogió esta figura en 1969 ¹¹⁹ en la reforma financiera, con objeto de poder dirigirla ateniéndose a perspectivas globales y a largo plazo ¹²⁰. Se puede definir, sobre todo, como una planificación de recursos, pero también, y en atención a la estrecha correlación de ambos planeamientos, como una planificación de funciones ¹²¹.

32. *Configuración de la planificación financiera*

La configuración jurídica de la planificación financiera se lleva a cabo mediante las disposiciones legales dictadas en desarrollo del artículo 109, párrafo 3, Ley Fundamental, es decir el Haushaltsgrundgesetz (en adelante: HGrG —Ley Presupuestaria—), así como el Stabilitäts- und Wachstumsgesetz (en adelante: StabG —Ley de estabilidad y crecimiento—). El artículo 50, párrafo 1, HGrG establece que, tanto el *Bund* como los *Länder* deberán elaborar un plan financiero quinquenal. El artículo 9, párrafo 2, StabG ¹²² determina que será el Ministro federal de Economía y Hacienda el que elabore y fundamente el plan financiero para el *Bund*; y luego el Gobierno federal lo acuerda y lo presenta al Parlamento y al Senado. Es decir, la planificación fi-

¹¹⁸ Vid. al respecto también FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 5b; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 110, número marginal 74.

¹¹⁹ Al respecto FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), nota previa artículos 104a-109, número marginal 6; F. KLEIN, *Bund und Länder* (*op. cit.*, n. 108), p. 865. Tomo I, HOFMANN, § 7, número marginal 65; VOGEL, § 27, número marginal 34.

¹²⁰ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 22; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG* (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 11; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 288 y ss.; ampliamente Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 164 y ss.

¹²¹ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 22a; de forma diferenciada MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 47.

¹²² Sobre la constitucionalidad de este precepto, WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 292 y ss.

nanciera es una planificación gubernamental y solamente se pondrá en conocimiento del Poder legislativo ¹²³.

Y es esta concepción de la planificación financiera la que respeta especialmente el carácter procedimental de la planificación. Una introducción inmediata del Parlamento disminuiría la necesaria flexibilidad al procedimiento de la planificación. Así, por ejemplo, el artículo 9, párrafo 3, StabG prescribe que el plan financiero deberá adaptarse anualmente al desarrollo habido. La capacidad limitada de trabajo del Parlamento y su propio procedimiento son el mayor obstáculo para el cumplimiento de estos requisitos ¹²⁴.

3. *El planeamiento para supuestos de defensa: artículo 53a, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental*

33. *Planeamiento para el estado de defensa*

El artículo 53a, párrafo 2.º, inciso 1.º, Ley Fundamental recoge el supuesto de planeamiento gubernamental en el estado de defensa. Del texto literal del artículo se puede deducir que se trata de planeamientos redactados en tiempos de paz ¹²⁵. Al igual que en el caso de la planificación financiera, el Gobierno deberá informar a la Comisión Conjunta dos veces al año con independencia de que se presente el estado de defensa (cfr. parágrafo 8, párrafo 2, GO *Gem. Ausschuß* —Comisión Conjunta—) ¹²⁶.

De este supuesto normal cabe deducir que el planeamiento para los estados de defensa, como planeamiento gubernamental, incluye la información del Poder legislativo ¹²⁷. No se modifica, en este caso, el derecho del Parlamento y de sus Comisiones a obtener una determinada información (arts. 43, párrafo 1.º, y 53a, párrafo 2.º, inciso 2.º, Ley Fundamental).

¹²³ STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 715 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 192, 364 y ss.; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 49.

¹²⁴ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 31; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 192 y ss.

¹²⁵ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 53a, número marginal 60.

¹²⁶ Sobre los aspectos concretos, cfr. HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 53a, número marginal 27.

¹²⁷ Cfr. también STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 716.

4. *Planificación marco para funciones comunes: artículo 91a, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental*

34. *Planificación marco para funciones comunes*

El artículo 91a, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental regula la planificación marco como una parte esencial del cumplimiento de las funciones comunes del *Bund* y de los *Länder* recogida en el artículo 91a de la Ley Fundamental ¹²⁸. Esta denominación de la planificación marco implica su limitación a regulaciones globales, absteniéndose de efectuar planes detallados ¹²⁹.

Planificación marco como planificación gubernamental

Las leyes de desarrollo del artículo 91a de la Constitución ¹³⁰ determinan que en los supuestos de una planificación marco se estará ante una planificación gubernamental ¹³¹, ya que las Comisiones de planificación se componen de forma paritaria por representantes de los Gobiernos del *Bund* y de los *Länder* ¹³². La vinculatoriedad de los planes marcos elaborados por estas Comisiones se extiende principalmente a los Gobiernos que son partes de esta Comisión. Las regulaciones aplicables a las funciones comunes establecen que los Gobiernos deberán incluir en sus presupuestos todos los medios necesarios para su posterior realización ¹³³. La reserva de los presupuestos recogida en el artículo 91a, párrafo 4.º, inciso 4.º, de la Constitución garantiza expresamente, no obstante, el Derecho presupuestario de los Parlamentos.

¹²⁸ Sobre los principios del artículo 91 y párrafo 3 de la Ley Fundamental, *vid.* en adelante STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 832 y ss.; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, números marginales 48 y ss.; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG* (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 13.

¹²⁹ Detalles se encuentran en MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 52.

¹³⁰ Helmuth LIESEGANG recoge un esquema en: *v. Münch III*, artículo 91a, número marginal 24; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 836.

¹³¹ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 30; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 47; otra opinión defienden: Heiko FABER/Ingo RICHTER, en: *CC AK*, artículo 91a/91b, número marginal 18.

¹³² Detalles se encuentran en MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 51; LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 27; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG* (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 13.

¹³³ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 30; MANGOLDT/KLEIN, *GG III*, artículo 91a, nota VI 2b; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG* (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 14a.

35. *Debilidad de hecho del Parlamento*

Debido a la garantía mencionada parece que, en principio, no se modifica la situación del Parlamento; sin embargo, de hecho, sí sufre una merma considerable. El margen de decisión de los Parlamentos —especialmente los de los *Länder*— viene en gran medida predeterminado por la representación de los planes marcos completos y de sus correspondientes indicaciones presupuestarias. Si no se conceden los medios económicos que corresponden al Estado se pone en grave peligro la realización de los objetivos comunes y surge la amenaza de que se pierdan importantes aportaciones financieras federales ¹³⁴. De esta forma, se debilita la posición de los Parlamentos, en el sentido del artículo 91a de la Constitución, en el proceso de decisión propiamente dicho ¹³⁵.

A fin de poder resolver este déficit, se acordó a principios de los años setenta que, a recomendación de los presidentes de los Parlamentos de los *Länder* ¹³⁶, se incluyeran en prácticamente todos los reglamentos presupuestarios de los *Länder* regulaciones ¹³⁷, según las cuales los Gobiernos de los *Länder* con carácter previo a su envío a las comisiones de planificación debían presentar a los Parlamentos del *Land* tanto las indicaciones previstas en los planes marco para las funciones comunes como sus modificaciones. Asimismo, los Parlamentos de los *Länder* debían ser informados inmediatamente de cualquier modificación de las previsiones que se pudiesen dar en las Comisiones de planificación ¹³⁸.

La especialidad de la planificación marco del artículo 91a, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental radica en que —distanciándose del principio de la separación de competencias entre el *Bund* y los *Länder*— aquí se realiza una labor común entre ambos entes; se trata en este supuesto de una cooperación vertical de planificación ¹³⁹.

¹³⁴ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 37; Lothar GAA, «Planung als neue Funktion des Parlaments», *Heidelberger Forum*, Nr. 13, 1983, pp. 12, 20 y ss.

¹³⁵ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 37; MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91a, número marginal 12; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 838.

¹³⁶ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 38.

¹³⁷ Visión global en Erwin PIDUCH, *Bundeshaushaltsrecht II*, Anhang zu § 10 BHO.

¹³⁸ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 38.

¹³⁹ LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91a, número marginal 3.

5. La planificación en el ámbito de la enseñanza: artículo 91b de la Ley Fundamental

36. Planificación en el ámbito de la enseñanza

La planificación en el ámbito de la enseñanza regulada en el artículo 91b de la Ley Fundamental concede a la Federación y a los *Länder* la posibilidad de llevar a cabo tanto un plan marco común como un plan detallado¹⁴⁰. Esta planificación es, como cabe deducir de la mención enumerativa de la enseñanza, una planificación gubernamental¹⁴¹ y no administrativa, que se institucionaliza mediante «convenios», es decir, mediante contratos estatales o administrativos, por regla general, mediante estos últimos¹⁴².

Los planes establecidos por los órganos colegiados que allí se prevén no serán vinculantes para los Parlamentos del *Bund* ni de los *Länder*, ya que se trata de meros planes ejecutivos¹⁴³. No puede ignorarse la vinculación fáctica de los Parlamentos que, no obstante, no es tan intensa como en el supuesto del artículo 91a de la Constitución, dado que el planeamiento en el sector de la enseñanza no está sujeto a una financiación mixta del *Bund*¹⁴⁴.

6. Resumen

37

El Poder ejecutivo domina aquellas planificaciones de regulación constitucional que tan sólo conllevan una vinculación ejecutiva. Asimismo, deberá llevar a cabo siempre los preparativos previos al plan. El Poder legislativo está habilitado para codecidir o decidir cuestiones fundamentales, especialmente en su competencia histórica: aprobación del presupuesto. La Constitución se rige, por tanto, por el principio de la división de poderes, atribuyendo al Poder ejecutivo aquellas fun-

¹⁴⁰ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91b, número marginal 28; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 840; LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91b, número marginal 11.

¹⁴¹ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91b, número marginal 12; v. MANGOLDT/KLEIN (*op. cit.*, n. 133), artículo 91b, nota III, 2a cc; Ulrich SCHEUNER, «Zur Entwicklung der politischen Planung der Bundesrepublik Deutschland», en: *FS für Werner Weber*, 1974, p. 369; GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 28, expresa sus dudas al respecto.

¹⁴² MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91b, número marginal 26.

¹⁴³ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91b, número marginal 9, sobre el desarrollo real de la participación parlamentaria, *vid.* Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 117 y ss., y GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 29 y ss.

¹⁴⁴ MAUNZ (*op. cit.*, n. 108), artículo 91b, número marginal 9; LIESEGANG (*op. cit.*, n. 130), artículo 91b, número marginal 21.

ciones para cuyo desempeño está especialmente habilitado en función del aparato del que dispone, mientras que los Parlamentos gozan de la prerrogativa principal de decisión. Pero mientras los Parlamentos no participen en las planificaciones, habrá que resolver hasta qué punto debe mediar una labor informativa y ello especialmente en atención a la oposición.

II. ATRIBUCIÓN EN LOS SUPUESTOS NO REGULADOS ESPECÍFICAMENTE

38. *Ubicación genérica de las planificaciones estatal-directivas*

Junto a las planificaciones mencionadas, que se encuentran reguladas en la Constitución, existe en el Estado social de la República Federal de Alemania toda una serie de planificaciones estatal-directivas, cuya atribución a un poder estatal no está regulada¹⁴⁵, planteándose con ello el problema de su incardinación en el sistema de la división de poderes.

1. *¿Planificación como «cuarto» poder?*

39. *La planificación estatal no es un «cuarto» poder*

Siempre que surgen dificultades a la hora de realizar la atribución de determinadas funciones estatales, suele acudir a la recurrida figura del «cuarto» poder, o sea, un *aliud*¹⁴⁶. Y esta misma tendencia se puede observar claramente en el ámbito de la planificación estatal-directiva¹⁴⁷.

Esta tendencia debe ser puesta necesariamente en relación con el artículo 20, párrafo 2.º, inciso 2.º, de la Constitución, conforme al cual sólo existen las tres funciones básicas estatales allí mencionadas, aunque la clasificación pueda ser problemática en algunos supuestos¹⁴⁸. Pero a las funciones que allí se recogen se les puede atribuir toda una serie de funciones nuevas, incluso a varias de ellas conjuntamente, así, por ejemplo, la planificación del Poder ejecutivo y del legislati-

¹⁴⁵ Sobre estos planeamientos se encuentra una visión global para Baden-Württemberg en GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 51 y ss., y para el *Bund* en Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 105 y ss.

¹⁴⁶ Así, también expresamente Astrid WENDER, «Planung als „vierte Gewalt“», *Die Rolle des Parlaments im Prozeß der politischen Planung*, 1976, *passim*; más referencias en Dietrich FRANK, *Politische Planung im Spannungsverhältnis zwischen Regierung und Parlament*, 1974, pp. 71 y ss., y STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 537.

¹⁴⁷ Cfr. KAISER (*op. cit.*, n. 5), *Planung*, I, pp. 25 y ss.; en su línea Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), p. 256.

¹⁴⁸ Cfr. al respecto a HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20, V, número marginal 18.

vo¹⁴⁹. Se trata en estos supuestos de unas funciones «subordinadas» a las funciones principales mencionadas en el artículo 10, párrafo 2.º, de la Constitución¹⁵⁰. Frente a la teoría de un «cuarto» poder cabría oponer asimismo que a este poder también le debería corresponder un «cuarto» órgano¹⁵¹.

Finalmente, la aceptación de este «cuarto» poder, de este *aliud*, requeriría una justificación adecuada, lo que significa que habría que presentar un perfil del *aliud* que, sin embargo, no se da¹⁵². Razón por la cual habrá que negar la existencia de un «cuarto» poder planificador permanente¹⁵³.

2. ¿La planificación como actividad genuinamente ejecutiva?

40. La planificación no es ninguna prerrogativa del Gobierno

Se suele definir la planificación como actividad genuinamente ejecutiva o como competencia lógico-material del Gobierno¹⁵⁴. Esta terminología se desarrolló especialmente para la planificación de coyuntura, puesto que sólo el Poder ejecutivo garantiza la reacción rápida necesaria¹⁵⁵ en estos casos. No obstante, frente a una generalización de este planteamiento y a su aplicación a todo tipo de planificación se puede oponer que, excepto en los supuestos de necesidad específica de la planificación coyuntural, de ordinario, la planificación debe de ser una actuación de desarrollo de unas perspectivas de futuro a me-

¹⁴⁹ BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 444.

¹⁵⁰ En este sentido STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 537, que se remite a Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1985, número marginal 487. Sin embargo, éste habla de forma un tanto confusa sobre un reparto abierto de funciones en el artículo 20, párrafo 2.º, inciso 2.º, de la Constitución. Pero esta formulación podría ser justamente razón para la suposición de la existencia de un «cuarto poder», de manera que, como máximo, se puede hablar de una «subfunción». La postura de BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 444, no es de gran ayuda al hablar de un «poder de planeamiento», ya que aquí puede surgir la impresión terminológica de que se trata de un «cuarto» poder.

¹⁵¹ OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 62; Eberhard FRICKE, «Zur Mitwirkung des Parlaments bei der Regierungsplanung», en: *DÖV*, 1973, pp. 406, 408; KLEFFMANN (*op. cit.*, n. 34), p. 423; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 218, nota 3.

¹⁵² Fritz OSSENBUHL, «Diskussionsbeitrag», en: *Verhandlungen des 50. DJT*, 1974, p. I, 1983; FRANK (*op. cit.*, n. 146), p. 80.

¹⁵³ Opinión mayoritaria, cfr. BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 444; FRICKE (*op. cit.*, n. 151), 408; FRANK (*op. cit.*, n. 146), p. 80; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 63; KLEFFMANN (*op. cit.*, n. 31), p. 123; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 703; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, número marginal 31; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 51 y ss.

¹⁵⁴ FRICKE (*op. cit.*, n. 151), p. 408; *vid.* las referencias en STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 717, nota 80; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 221 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 264 y ss., con mayores referencias. Tomo II, SCHRÖDER, § 50, número marginal 64.

¹⁵⁵ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 222, con más referencias; cfr. también Klaus STERN, «Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung - Spielraum und Grenzen», en: *Verhandlungen des 47. DJT*, 1968, pp. 31, 35.

dio y largo plazo y no limitarse sólo a una reacción inmediata ¹⁵⁶.

41. *Planificación y división de poderes*

La doctrina de funciones según el modelo clásico de la separación de poderes aporta un nuevo punto de partida argumental; conforme al cual corresponde al Gobierno la actuación y al Parlamento la aprobación y el control de esta actuación. Ello se realiza generalmente mediante las correcciones de las propuestas de ley del Gobierno, mediante el derecho del Parlamento a aprobar los presupuestos, así como mediante diversos derechos de investigación e información y mediante la moción de censura del Parlamento. Estas funciones requieren, a su vez, que ambos órganos estatales estén separados ¹⁵⁷. La negación de una realización común de determinadas funciones a través de ambos poderes estatales se funda en el temor de que con el entendimiento entre ambos desaparecería la contraposición imprescindible entre controlador y controlado ¹⁵⁸. Los defensores de esta teoría son conscientes de la pérdida de poder y de significado del Parlamento, como consecuencia del aumento de la actividad planificadora, pero ello no sería una cuestión de análisis constitucional, sino un problema constitucional que habría de superarse abriendo nuevas vías del control parlamentario y la coparticipación ¹⁵⁹.

42. *Inexistencia de una atribución exclusiva al Gobierno*

Un criterio inspirado en la estricta separación de poderes es fruto de la perspectiva histórica de la evolución de la teoría de la división de poderes. La postura constitucional actual se caracteriza por una limitación múltiple de los tres poderes estatales ¹⁶⁰, omitiendo además la reserva de control del Parlamento. El Parlamento tan sólo podrá

¹⁵⁶ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 222 y ss.; sobre el componente de futuro de la *planificación*, cfr. números marginales 4-5.

¹⁵⁷ Muy detallado WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 223 y ss., y DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 62 y ss. Tomo I, BÖCKENFÖRDE, § 22, números marginales 87 y ss.; SCHMIDT-AßMANN, § 24, número marginal 53.

¹⁵⁸ Klaus KRÖGER, *Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, p. 28, con mayor número de referencias.

¹⁵⁹ Karl Heinrich FRIAUF, «Die verfassungsrechtliche Problematik einer politischen Ziel- und Mittelplanung der Bundesregierung im Verhältnis zum Deutschen Bundestag», en: *Projektgruppe für Regierungs- und Verwaltungsreform. Erster Bericht zur Reform der Struktur von Bundesregierung und Bundesverwaltung*, 1969, Anlageband, p. 678; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 227; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 82 y ss.

¹⁶⁰ Aquí no hay lugar para una exposición detallada, cfr. al respecto, por ejemplo, HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, números marginales 20 y ss.; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), pp. 91 y ss. *Supra* SCHRÖDER, § 67, números marginales 10 y ss.

cumplir su función de control de las decisiones gubernamentales y de exigencia de responsabilidad al Gobierno, si tiene cierta influencia sobre la planificación y ésta no está ya, al menos de hecho, prejuzgada ¹⁶¹.

Tampoco parece defendible el temor de que el Gobierno pudiese perder su cualidad de órgano constitucional autónomo existiendo un control excesivo por parte del Parlamento o que degenera a una mera Comisión parlamentaria de planificación ¹⁶². En un Estado industrial moderno este temor queda muy lejos de la realidad ¹⁶³.

43. *Negación de una absoluta generalización de la planificación gubernamental y parlamentaria*

Hay otros autores, en cambio, que vaticinan el desarrollo contrario, es decir, el aumento de la planificación del poder ejecutivo basado en la complejidad de las condiciones de vida, para argumentar a favor de una imputación exclusiva de la planificación a la esfera gubernamental. Y la causa de esta propuesta es la misma falta de capacidad planificadora parlamentaria ¹⁶⁴. Sin embargo, al principio de eficiencia burocrática ¹⁶⁵ se opone en modo similar el deber de legitimación democrática de la planificación. En verdad no se encontrará una solución mediante la absolutización de ambos puntos de vista, sino, más bien, en una relación armónica de los criterios ¹⁶⁶. En resumen: en el marco de la Constitución no podrá darse nunca una prerrogativa gubernamental unilateral de la planificación ¹⁶⁷.

3. *Planificación: ¿una función solamente del Parlamento?*

44. *¿Planificación como prerrogativa del Parlamento?
Analogía con los artículos 110 y 59, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental*

No faltan, por contra, voces defensivas de la planificación como función única o principal del Parlamento.

¹⁶¹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 227.

¹⁶² Julius SEEGER, *Möglichkeiten der Beteiligung des Landtages an den Planungsentscheidungen der Landesregierung — Gutachten erstattet im Auftrag des Präsidenten des Landtages Nordrhein-Westfalen*, 1970, p. 9.

¹⁶³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 228.

¹⁶⁴ Mayores referencias en WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 228.

¹⁶⁵ Sobre la eficiencia como criterio constitucional, cfr. Winfried STEFFANI, «Parlamentarische Demokratie — Zur Problematik von Effizienz, Transparenz und Partizipation—», en: *id.* (ed.), *Parlamentarismus ohne Transparenz*, 1971, pp. 17 y ss. (20).

¹⁶⁶ Adecuadamente WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 230.

¹⁶⁷ GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 8 y ss.; STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 717 y ss.; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 82, artículo 20 V, número marginal 31.

Esta postura ve una analogía con el Derecho presupuestario del Parlamento recogido en el artículo 110 de la Ley Fundamental ¹⁶⁸. Pero esta regulación está redactada para la planificación de recursos, por lo que parece no haber lugar para una aplicación analógica a la planificación de funciones y objetivos ¹⁶⁹. Esta norma constitucional tampoco es aplicable a las demás planificaciones de recursos, ya que éstas presupondrían una modificación fundamental en el entendimiento tradicional del plan de presupuestos y ello excedería, en cuanto a su relevancia constitucional, del ámbito que concede la figura de la analogía ¹⁷⁰.

45

También se ha defendido la analogía con el artículo 59, párrafo 2.º, de la Constitución. Este precepto debe garantizar que importantes vinculaciones convencionales de política exterior queden sometidas al Poder legislativo ¹⁷¹. Frente a esta aplicación analógica se ha opuesto, sin embargo, que no se trata de un fundamento lo suficientemente sólido como para poder entender una analogía amplia que incluya la planificación política ¹⁷². La corrección de esta argumentación es más que dudosa ¹⁷³. Con seguridad, habría que negar en este lugar el uso de la analogía, ya que en el sector de política interna el Parlamento ostenta el control del Gobierno mediante la legislación y la aprobación de los presupuestos generales del Estado, mientras que el artículo 59, párrafo 2.º, de la Constitución es un equivalente a la falta de posibilidades de dirección en la política exterior mediante actos legislativos ¹⁷⁴.

Y de la misma forma, el principio democrático de la Constitución permite la deducción de una posible argumentación a favor de la prerrogativa de decisión del Parlamento.

¹⁶⁸ Günther DÜRIG, «Diskussionsbeitrag», en: *VVDStRL*, 24 (1966), p. 241; más notas bibliográficas en Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), p. 316. Tomo IV, *Der Staatshaushalt*.

¹⁶⁹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 238; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 78.

¹⁷⁰ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 67, con mayor profundidad; denegando también Raimund WIMMER, «Gewaltentrennung oder Gewaltenkooperation in der Bildungsplanung?», en: *ZRP*, 1970, p. 199 (201); *STERN* (*op. cit.*, n. 3), pp. 718 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 316 y ss.

¹⁷¹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 239.

¹⁷² WIMMER (*op. cit.*, n. 170), p. 201; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 78.

¹⁷³ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 68 y ss., manifiesta sus dudas; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 239 y ss.

¹⁷⁴ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 240.

46. *Consecuencias derivables del principio democrático*

Lo anterior supone, en primer lugar, que una de las principales funciones del Parlamento es su derecho de control sobre el Gobierno ¹⁷⁵. Un primer problema surge en torno al momento en el que ha de efectuarse el control. Clásicamente se entendía como un control *a posteriori*. Actualmente, sin embargo, se acepta que el control pueda ser también una forma de coparticipación en la toma de decisiones ¹⁷⁶. Un control *a priori* es tanto más necesario en cuanto que las decisiones de la planificación significan realmente un preenjuiciamiento de las decisiones que luego deben de ser tomadas con carácter definitivo y sólo con ellas se podrá salvaguardar el control parlamentario ¹⁷⁷. No hay que olvidar, sin embargo, que el control parlamentario es un control puntual *ad hoc*, que dependerá de la iniciativa del Parlamento mismo. Y será a menudo fruto del azar que el Parlamento presente su iniciativa en el momento adecuado, para que el Gobierno se vea obligado a informar y someter a discusión la planificación que estuviere desarrollando ¹⁷⁸. El control preventivo sigue siendo, por tanto, más bien rudimentario. Las regulaciones positivas al respecto prevén, independientemente de las posibilidades de participación, unos mecanismos generales de control por parte del Parlamento ¹⁷⁹. En contra de la idoneidad del control como fundamentación de la prerrogativa del Parlamento se ha aducido que tampoco el control preventivo incluye, en principio, una competencia de (co-)decisión del Parlamento. El control significa, más bien, sólo la competencia de colaboración mediante información, crítica y discusión y no *contre-rôle* frente al Gobierno ¹⁸⁰. En consecuencia, no puede decirse que el control tradicional del Gobierno es ciertamente la vía adecuada de participación del Parlamento en las planificaciones gubernamentales ¹⁸¹. Y ello tampoco es suficiente para fundamentar la prerrogativa de planificación del Parlamento.

¹⁷⁵ Tomo II, H. H. KLEIN, § 40, números 30 y ss.

¹⁷⁶ GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 8 y ss.; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 70; Wilhelm A. KEWENIG, «Zur Revision des Grundgesetzes: Planung im Spannungsfeld von Regierung und Parlament», en: DÖV, 1973, p. 23 (25).

¹⁷⁷ KEWENIG (*op. cit.*, n. 176), p. 25; GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 8 y ss.; sobre la controversia sobre la ampliación del concepto de control también se expresa DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 103 y ss., y Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 333 y ss.

¹⁷⁸ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 9.

¹⁷⁹ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 9.

¹⁸⁰ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 71; asimismo Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), p. 338.

¹⁸¹ Así, SEEGER (*op. cit.*, n. 162), p. 13.

47. *El papel de la reserva «clásica» de ley para la planificación*

Otro criterio basado en el imperativo democrático se apoya en la reserva de ley.

Esta deberá ser previa, siempre y cuando las materias reguladas precisen necesariamente, en algún momento posterior de su desarrollo, una regulación mediante ley¹⁸². Un planteamiento similar estudia este problema desde un aspecto distinto, a saber: se basa en el preenjuiciamiento de las competencias de legislación y aprobación de los presupuestos del Parlamento como consecuencia de una planificación similar previa. Así, la planificación vendría a ser, en el campo de la reserva de ley, una «disposición previa» —o predeterminación previa— respecto a las decisiones del Parlamento; debería ser compensado mediante una competencia correspondiente del Parlamento para evitar de este modo la pérdida de funciones del Poder legislativo¹⁸³.

48

La ampliación de la reserva de ley a las planificaciones tan sólo puede aceptarse para aquellos proyectos de planificaciones que, según el entendimiento tradicional, impliquen una intervención en la libertad y la propiedad del ciudadano¹⁸⁴ o que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht, en adelante: BVerfG) —desligado de la característica de la «intervención»— toman decisiones esenciales en sectores normativos fundamentales, especialmente en relación al ejercicio de derechos fundamentales, siempre y cuando éste pueda ser regulado públicamente¹⁸⁵. No dándose estos requisitos, no será suficiente la fundamentación de «reserva de ley». Tal será el caso en toda una serie de planificaciones estatal-directivas, ya que éstas no deben de incluir efecto normativo alguno frente a terceros¹⁸⁶. Un ejemplo de ello son planificaciones de emplazamientos en todo el país para centrales eléctricas de gran potencia y plantas industriales parecidas¹⁸⁷.

¹⁸² KEWENIG (*op. cit.*, n. 176), p. 25; extensamente Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 302 y ss.

¹⁸³ Schlußbericht der Enquête-Kommission Verfassungsreform, BTDrucks. 7/5924, p. 177 (con mayores referencias bibliográficas OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 71, *op. cit.*, n. 82).

¹⁸⁴ WÜRTENBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 211. Tomo II, H. H. KLEIN, § 10, número marginal 20. *Supra* OSSENBÜHL, § 61.

¹⁸⁵ Cfr. sólo BVerfGE, 34, 165 (192 y ss.); 30, 237 (249); 41, 251 (260); 45, 400 (417 y ss.); 49, 89 (126 y ss.).

¹⁸⁶ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 11.

¹⁸⁷ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 13.

49. *La «reserva absoluta»*

En estos casos se podría alegar a lo sumo una reserva de ley amplia para la Administración prestacional. Pero automáticamente se entra en un terreno muy inseguro, puesto que la amplia polémica existente en torno a esta cuestión aún no ha llegado a ningún resultado satisfactorio, aunque actualmente parece haber remitido ¹⁸⁸. Pero, incluso si se aceptase una ampliación de la reserva de ley a ámbitos de la Administración prestacional, presuponiendo una anticipación de la reserva de ley para la planificación estatal prestacional ¹⁸⁹, ello no conllevaría automáticamente ninguna competencia adicional para el Parlamento. Este es partícipe, de todas maneras, en la planificación de prestaciones, sinónimo de gastos en el marco de la planificación de recursos. Por el contrario, se sometería tan sólo una parte de la planificación prestacional estatal a la competencia de aprobación del Parlamento. Esta postura no englobaría aquellas planificaciones sociopolíticas cuya realización no requiera prestaciones individuales ¹⁹⁰.

Todo ello nos muestra que la teoría de la reserva de ley no es aplicable a la planificación estatal-directiva y que sus propuestas de fundamentación no satisfacen la multiplicidad de formas que se dan en la planificación. Y, por lo mismo, tampoco son adecuadas para fundamentar una prerrogativa unilateral de planeamiento del Parlamento.

4. *¿Puede ser considerada la planificación como un elemento de la dirección estatal en un régimen de cooperación mancomunada del Gobierno y del Parlamento?*50. *La planificación como función común del Parlamento y del Gobierno*

La cuestión de la división de poderes de la planificación no se reduce a una cuestión residual o puntual del Derecho Constitucional, ya que concierne, en realidad, a la totalidad del sistema gubernativo parlamentario. Razón por la cual las teorías anteriormente expuestas no han podido resolver la problemática de la atribución correcta de las competencias de la planificación ¹⁹¹. Una vez llegados a este punto, cabe deducir la atribución conjunta de la mencionada planificación estatal-directiva al Gobierno y al Parlamento. Esta atribución no puede ser más que meramente abstracta, ya que no pueden deducirse ningun-

¹⁸⁸ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 69; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 78.

¹⁸⁹ Al respecto Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 340 y ss.

¹⁹⁰ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 246.

¹⁹¹ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 72.

nas conclusiones de las competencias de ambos poderes. Así, por ejemplo, se presume que los «actos directivo-estatales»¹⁹² han de ser extraídos del esquema de la división de poderes, de la estricta separación de funciones, convirtiéndose en anterior a ésta y delegándolos como tales al Gobierno y al Parlamento «en cierto modo en régimen de mancomunidad». Es decir, que éstos tan sólo podrán actuar conjuntamente y de forma interdependiente. Las planificaciones a largo plazo estarían, por tanto, sometidas a los titulares, Gobierno y Parlamento de forma mancomunada¹⁹³.

*Dirección estatal «en cierto modo en régimen de mancomunidad»:
Gobierno en el sentido funcional*

Esta propuesta de atribución se apoya verbalmente en la fórmula propuesta ya en 1958 por VON FRIESENHAHN que atribuía la dirección estatal a la competencia mancomunada del Gobierno y del Parlamento¹⁹⁴. Un uso similar se apoya en el tan repetido concepto de Gobierno en sentido funcional (material)¹⁹⁵. Trátase aquí de una terminología de uso común¹⁹⁶. Estas descripciones han encontrado gran repercusión en la doctrina¹⁹⁷. Y así, desde entonces, el mundo jurídico ha recogido fielmente la expresión de la «dirección estatal al régimen de mancomunidad»¹⁹⁸.

51. Reservas frente a estas creaciones conceptuales

Frente a este concepto de Gobierno en sentido funcional (material) existen, sin embargo, una serie de críticas expuestas por FROTSCHER, sobre la recepción de un término de tanta carga histórica en el Estado de Derecho, social y democrático. Este concepto parece propugnar asimismo rápidamente un «cuarto» poder junto al legislativo, ejecutivo y judicial, produciendo una flexibilización de la vinculación

¹⁹² Esta definición se basa en Johannes HECKEL, «Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes», en: *Anschütz*, tomo II, p. 388. *Supra* SCHRÖDER, § 67, números marginales 4 y ss.

¹⁹³ KEWENIG (*op. cit.*, n. 176), p. 29. *Supra* SCHRÖDER, § 67, números marginales 11 y ss. Tomo II, H. H. KLEIN, § 40, número marginal 8.

¹⁹⁴ Ernst FRIESENHAHN, «Parlament und Regierung im modernen Staat», en: *VVDStRL*, 16 (1958), p. 9 (38).

¹⁹⁵ BRÜNNER (*op. cit.*, n. 6), p. 238.

¹⁹⁶ Cfr. también, por ejemplo, STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 717, y Peter BADURA, «Regierung», en: *EuStL*, Sp. 2951 y ss.

¹⁹⁷ Amplias referencias bibliográficas en GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 14, nota 20; WÜRTENBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 248 y ss.

¹⁹⁸ Así Ernst FRIESENHAHN, «Der Staat der Gegenwart», en: *Der Staat*, 20 (1981), p. 561 (576).

jurídica y desvirtuación de la garantía jurídica ¹⁹⁹. El concepto de dirección estatal mancomunada levanta las mismas reservas. Incluso su creador, Ernst FRIESENHAHN, se ha visto obligado a aclarar el concepto dado su carácter equívoco. Define como inexacta su propia fórmula, ya que da a entender que no se pensó en una verdadera analogía con la figura de la mancomunidad del Derecho civil; más bien, tan sólo había pretendido oponerse a una aplicación inadecuadamente rígida del principio de división de poderes y defender la «colaboración» del Parlamento en la dirección estatal ²⁰⁰.

52

Ello nos conduce a la cuestión central del problema. Se trata de la inclusión objetivamente adecuada en el sistema constitucional de una actividad estatal que no ha sido prevista ni recogida suficientemente por la Constitución. Este planteamiento de la problemática —el único correcto— ha sido aceptado incluso por muchos autores que verbalmente defienden la fórmula de la mancomunidad ²⁰¹. Sin embargo, y a causa de las razones expuestas, hay que distanciarse de esta fórmula, para evitar así equívocos ²⁰². A ello hay que añadir su reducido valor científico, ya que no dispensa de la necesaria fundamentación basada en la sistemática del orden constitucional de la medida y el modo de participación parlamentaria en el planeamiento político ²⁰³.

5. *Las competencias de planificación del Gobierno y del Parlamento que se deducen de la Ley Fundamental*

53. *Las directivas correspondientes que se deducen de la Ley Fundamental*

Tras la multiplicidad de explicaciones expuestas parece que se ha impuesto actualmente la concepción de que las competencias de planificación se reparten entre el Gobierno y el Parlamento. Las competencias de planificación concretas del Parlamento se pueden deducir en cada caso de las regulaciones generales de competencia recogidas

¹⁹⁹ Werner FROTSCHER, «Politische Planung zwischen Regierung und Parlament», en: *Die Verwaltung*, 12 (1979), p. 370 (373).

²⁰⁰ FRIESENHAHN (*op. cit.*, n. 198), p. 576.

²⁰¹ Cfr. también HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 35; GAA (*op. cit.*, n. 234), pp. 12 y ss.

²⁰² Muy insistente FROTSCHER (*op. cit.*, n. 199), pp. 375, 378; similar DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 55 y ss., 60.

²⁰³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 255 y ss.; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 75; SCHEUNER (*op. cit.*, n. 141), p. 369 (383); Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 261 y ss.; Helmut LECHELER, *Die Personalgewalt öffentlicher Dienstherren*, 1977, pp. 162 y ss.; GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 15.

en la Constitución ²⁰⁴. En este trabajo se confirmarán, en primer lugar, de forma genérica estos resultados, para luego pasar a exponer y estudiar las competencias parlamentarias de forma específica y concreta.

a) *Planificación como función del Parlamento y del Gobierno*

54. *Premisas para su atribución*

Antes de llevar a cabo la atribución funcional de la planificación a ambos poderes estatales, es decir, al Gobierno y al Parlamento, hay que aclarar en primer lugar lo siguiente:

La planificación no es una competencia material, sino, más bien, un método de ejecución de competencias. Se puede decir, consecuentemente, que la planificación es un anexo a determinadas competencias materiales ²⁰⁵. La fórmula expuesta por STERN es gráfica y concisa: «El método de trabajo no deberá determinar la cuestión de competencia ²⁰⁶.» Y debe de ser traída nuevamente a la memoria la declaración mencionada *ut supra* de que la planificación suele infringir límites jurídicos y desintegrar estructuras normativas. La planificación excede del sistema existente de competencias, actuando generalmente como aglutinante de ellas; de tal manera que, sin llegar a disolverlas, al menos adopta una postura contraria a la división de competencias y, por tanto, a la división de poderes ²⁰⁷. Una característica que no deberá olvidarse si se quiere llevar a cabo una distribución objetiva de las competencias de la planificación.

55

Sin embargo, hay que oponerse enérgicamente a aquellas posturas de la doctrina que utilizan esta oposición a la división de poderes del planeamiento como argumento para «despedirse del dogma de la división de poderes», por ser ello consecuente con la lógica interna de la planificación ²⁰⁸.

²⁰⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 72 y ss.; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, números marginales 29 y ss.; artículo 20 V, números marginales 96 y ss.; GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 12 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 256 y ss.; STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 719 y ss.

²⁰⁵ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 72.

²⁰⁶ Klaus STERN, «Rationale Infrastrukturpolitik und Regierungs- und Verwaltungsorganisation», en: Helmut Arndt/Dieter Swatek (ed.), *Grundfragen der Infrastrukturpolitik für wachsende Gesellschaften*, 1971, p. 69 (76).

²⁰⁷ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 73; KAISER (*op. cit.*, n. 5), *Planung I*, p. 32.

²⁰⁸ RITTER (*op. cit.*, n. 12), p. 436.

56. *Mantenimiento del principio de separación de poderes*

La sencilla razón de todo ello se recoge en el artículo 20, párrafo 2.º, inciso 2.º, de la Ley Fundamental, que basa el sistema constitucional sobre el principio de la separación de poderes ²⁰⁹.

No cabe ninguna duda de que la Constitución no ha querido propugnar una división de poderes en su estado puro. Es, más bien, un principio que ya ha sido quebrado en muchos aspectos y que puede ser infringido ²¹⁰. Este principio garantiza constitucionalmente, sin embargo, el núcleo correspondiente de cada función material, atribuido a un solo poder formal. Si está intacto y es, además, intangible, ello quiere decir que está protegido frente a cualquier infracción ²¹¹. Desde esta perspectiva constitucional resulta incuestionable que el Gobierno es partícipe en sentido institucional en la «dirección estatal» y, por tanto, en la planificación directiva-estatal ²¹². De este fundamento constitucional se desprende asimismo que no puede existir una solución difusa que acentúe unilateralmente la eficiencia planificadora y que se remita a esta justificación. Ello tampoco es necesario. El detallado análisis de las normas constitucionales, que acaba de realizarse, demuestra que, efectivamente, existe una solución adecuada a la Constitución.

Las normas constitucionales reguladoras de las competencias de cada poder no contienen, como se ha visto, una atribución unilateral. El artículo 65, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental no incluye una prerrogativa unilateral de regulación de la planificación, ni tampoco cabe deducir del complejo normativo constitucional ningún «método de abstracción» que signifique, a su vez, que toda nueva función será competencia del Gobierno, cuando no puede incluirse entre las funciones tradicionales de los otros dos poderes públicos ²¹³. Una competencia parlamentaria de la planificación directiva-estatal unilateral tampoco puede deducirse por analogía del artículo 59, párrafo 2.º, de

²⁰⁹ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, números marginales 114 y ss.; Ernst BENDA, «Der soziale Rechtsstaat», en: *HdbVerfR*, pp. 493 y ss. Sobre la separación de poderes, *vid.* la amplia exposición de STERN (*op. cit.*, n. 13), pp. 792 y ss.; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, números marginales 1 y ss. Tomo I, SCHMIDT-ÄRMANN, § 24, números marginales 46 y ss.

²¹⁰ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, número marginal 122; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), pp. 91 y ss.; F. KLEIN, en: *Komm. z. GG (op. cit.)*, n. 108), artículo 20, número marginal 19.

²¹¹ STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 795, con más referencias en las notas 187 y 188; menos contundente HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 V, números marginales 115, 122; Friedrich E. SCHNAPP, en: *v. Münch I*, artículo 20, número marginal 34. Tomo I, SCHMIDT-ÄRMANN, § 24, números marginales 56 y ss.

²¹² OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 75. *Supra* SCHRÖDER, § 67, números marginales 10 y ss. Tomo II, SCHRÖDER, § 50, números marginales 6 y ss.

²¹³ *Vid.* números marginales 40-43.

la Constitución sobre los presupuestos y ni siquiera de una interpretación extensiva del principio de democracia²¹⁴.

57. *Ponderaciones de sistemática constitucional*

Lo determinante será, más bien, lo siguiente:

El Derecho constitucional vigente determina que el Parlamento (co-)decidirá todas las cuestiones importantes²¹⁵, entre las que hay que mencionar especialmente las siguientes: modificaciones de la Constitución (art. 79, párrafo 1.º), aprobación del Plan de Presupuestos (art. 110, párrafo 2.º), aprobación de todos los tratados importantes de política exterior (art. 59, párrafo 2.º), especialmente la cesión de derechos soberanos a entes interestatales (art. 24, párrafo 1.º), la decisión sobre la paz (art. 115c, párrafo 3.º), la declaración de una situación de defensa nacional (art. 115a, párrafo 1.º), todas las cuestiones fundamentales sobre la estructura parlamentaria (arts. 21, párrafo 3.º; 28, párrafo 3.º, y 48, párrafo 3.º, inciso 3.º), una nueva división del territorio nacional (art. 29, párrafos 3.º-7.º); la determinación concreta de funciones comunes (art. 91a, párrafo 2.º); cuestiones fundamentales de organización (cfr., por ejemplo: arts. 84, párrafo 1.º; 85, párrafo 1.º; 87, párrafo 3.º; 87b, párrafos 1.º, 2.º; 87c; 87d, párrafo 2.º; 94, párrafo 2.º; 95, párrafo 3.º; 96, párrafo 5.º, y 98, párrafo 3.º)²¹⁶. En resumen, puede decirse que la Constitución ya prevé que todos los «actos fundamentales directivo-estatales» precisan el *placet* del Parlamento. En esta enumeración no se incluyen ni siquiera todos los supuestos que están sometidos a reserva de ley y que recoge el catálogo de competencias de los artículos 73 y siguientes de la Ley Fundamental²¹⁷.

58. *Primacía de la ley*

Además de esta interpretación sistemática y constitucional existe otro aspecto que apoyaría una posición fuerte del Parlamento en la planificación directiva-estatal, a saber, el principio de la primacía de la ley, recogido en el artículo 20, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental²¹⁸ que habilita al legislador para poder regular mediante ley cualquier materia política²¹⁹. Lo mismo es aplicable al decreto parlamentario²²⁰.

²¹⁴ Vid. números marginales 44-49.

²¹⁵ Tomo 11, H. H. KLEIN, § 40, números marginales 19 y ss.

²¹⁶ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 76.

²¹⁷ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 76.

²¹⁸ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20, II, números marginales 83 y ss.; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), p. 93; SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, números marginales 38 y ss.

²¹⁹ HERZOG (*op. cit.*, n. 114), artículo 65, número marginal 32. *Supra* OSSENBÜHL, § 62.

²²⁰ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 719. Tomo II, H. H. KLEIN, § 10, números marginales 11 y ss.

Frente a este derecho del Parlamento, el Canciller federal no tendrá ningún derecho de intervención ni de veto (art. 65, párrafo 1.º, Constitución), ya que esta normativa no atañe a la regulación de competencias de sendos órganos estatales y no existe una regulación genérica similar a la específica del artículo 113, párrafo 1.º, de la Constitución ²²¹.

La determinación de un nuevo campo de actuación del Parlamento en el sector de la planificación directiva-estatal podría sorprender a primera vista, ya que parece contradecir las insistentes quejas sobre la falta de competencia del Parlamento en este sector, más aún, parece apoyar la tesis de una prerrogativa unilateral de la planificación del Parlamento.

59

No debe olvidarse, sin embargo, que la Constitución constituye y configura al Gobierno como un órgano autónomo con competencias propias. Y ello en especial atención a las decisiones políticas fundamentales y directivas ²²². De este contexto cabe deducir que la Constitución otorga tanto al Gobierno como al Parlamento competencias para la decisión sobre cuestiones políticas fundamentales y, en consecuencia, también para la planificación directiva-estatal. A la hora de determinar qué órgano tendrá en cada caso mayor peso será decisiva, sobre todo, no tanto la regulación jurídica constitucional del reparto de poderes, como la relación de fuerzas políticas y la naturaleza misma de los problemas pendientes de resolución. La situación jurídico-constitucional descrita configura, más que nada, el marco jurídico, en el cual cabe un amplio espectro de soluciones ²²³. Las extensas competencias del Parlamento en el ámbito de la planificación basadas en la primacía de la ley (art. 20, párrafo 3.º, de la Constitución), encontrarán, de acuerdo a lo expuesto, su limitación allí donde el Gobierno pueda ser privado en parte o en su totalidad de su actividad planificadora ²²⁴. Con todo, el Gobierno mantendrá de todas maneras siempre la iniciativa de la planificación, es decir «la primera palabra» ²²⁵, ya que sólo la planificación gubernamental dispone del instrumental adecuado a la complejidad del Estado industrial moderno ²²⁶ para poder lle-

²²¹ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 32.

²²² HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 35; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 719.

²²³ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 35; GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 15 y ss.

²²⁴ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 720, con más referencias en la nota 95; GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 16; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 296 y ss.

²²⁵ STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 1007; *id.* (*op. cit.*, n. 3), p. 719; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 65, número marginal 82; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 55.

²²⁶ OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 82.

var a cabo «la preparación metódica de resoluciones mediante la elaboración sistemática de objetivos políticos y de los medios aplicables para obtener las soluciones de un problema material»²²⁷.

60

Por último, habrá que dilucidar el valor que tienen la «teoría de la esencialidad» y la reserva de ley. Estos conceptos tienen un uso meramente marginal en la polémica existente sobre la planificación²²⁸ y, tan sólo, serán importantes cuando se trate de deducir una prerrogativa de planificación exclusiva del Parlamento²²⁹. Lo que resulta fácilmente comprensible si se piensa que, excepto en su núcleo, la dogmática de la reserva de ley sigue siendo muy polémica²³⁰. Tampoco la «teoría de la esencialidad» desligada del criterio de «intervención» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²³¹ —BVerfG—, está libre de toda una serie de dudas²³²; lo que es especialmente aplicable a todos aquellos ámbitos que se encuentran fuera de la «intervención» clásica²³³. No es éste el lugar para exponer esta controversia, ya que, más allá del sector cubierto por la reserva de ley, tanto la primacía constitucional de ley como la interpretación constitucional sistemática ofrecen puntos de referencia suficientes para el problema esencial de la fundamentación de los derechos de colaboración del Parlamento en la planificación directiva-estatal.

b) *La colaboración del Parlamento en concreto*

61. *Competencias de colaboración del Parlamento en concreto*

El análisis antecedente nos ha proporcionado el marco constitucional en el que se encuentra incardinada la planificación directiva-estatal; pero de momento sólo está claro que los Parlamentos deberán participar de algún modo en la planificación directiva-estatal. Queda por

²²⁷ § 1 del proyecto de la Ley de control de la planificación del grupo parlamentario de la CDU en el Parlamento del Land Renania del Norte/Westfalia, LTDrucks. 7/1518, p. 3.

²²⁸ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 720.

²²⁹ *Vid.* números marginales 44-49.

²³⁰ *Vid.* números marginales 44-49, y WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 240 y ss.

²³¹ BVerfGE, 49, 89 (124 y ss.).

²³² Cfr. Michael BÖRGER, *Das rechtssystematische Verhältnis von Genehmigungs- und Planungsentscheidungen im raumbedeutsamen Umweltrecht*, 1986, *passim*; Carl Eugen EBERLE, «Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt - Erkenntnisse und Folgerungen aus der jüngeren Verfassungsrechtsprechung», en: *DÖV*, 1984, pp. 485 y ss.

²³³ Cfr. especialmente WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 240 y ss.

determinar ahora, por tanto, cómo se configura la colaboración en sus diferentes fases.

aa) *El derecho de la iniciativa de la planificación.*

62

La iniciativa de la planificación parte de hecho del Gobierno. Se trata de una competencia atribuida, en lo que a la planificación se refiere, de forma unánime al Gobierno²³⁴. Ello corresponde también a las planificaciones reguladas positivamente en la Constitución²³⁵, así como la constatación, ya hecha, de la mejor adecuación de este órgano constitucional para esta función debido a su dotación de personal y los medios previstos para la ejecución y la actividad²³⁶.

63. *Iniciativa parlamentaria de la planificación*

Surge también aquí, asimismo, la cuestión de si el Parlamento tiene competencia para tomar la iniciativa en el procedimiento de la planificación. Y, como demuestra el estudio elaborado por GAA para la práctica planificadora de Baden-Wurtemberg²³⁷, este problema no se reduce a su naturaleza estrictamente teórica²³⁸. El Gobierno tiene fundamentalmente la «primera palabra»²³⁹ y el Parlamento la «última palabra»²⁴⁰; a menudo éste se limita a asesorar, sancionar o rechazar las propuestas y trabajos presentados por el Gobierno. Sin embargo, de acuerdo con las regulaciones generales de competencia de los Parlamentos, éstos deberán tener la posibilidad de iniciar, por ejemplo, una planificación mediante un proyecto de ley. La Ley Fundamental de Bonn indica que la iniciativa legal puede partir «del centro del Parlamento» (art. 76, párrafo 1.º). Esta regulación constitucional jurídico-positiva ya proporciona las líneas maestras. Y ello será válido de forma similar para los decretos parlamentarios ordinarios²⁴¹.

²³⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 82, con referencias bibliográficas en la nota 119; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 322; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), p. 47; Ulrich SCHEUNER, «Diskussionsbeitrag», en: *VVDStRL*, 16 (1958), pp. 124 y ss.

²³⁵ *Vid.* números marginales 29-37, especialmente número 30.

²³⁶ *Vid.* número marginal 18.

²³⁷ GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 51 y ss.

²³⁸ Todavía en ese sentido OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 82.

²³⁹ Tomo II, SCHRÖDER, § 50, núm. 3, 6, 26.

²⁴⁰ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 719; íd. (*op. cit.*, n. 13), p. 1007.

²⁴¹ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 719; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 327; así también OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 76.

La teoría opuesta ²⁴² no ofrece suficientes argumentos frente a este resultado. Además limitaría de forma inadmisiblemente el derecho de iniciativa legal de la oposición y dificultaría su función, atribuida constitucional y políticamente, de presentar una alternativa a la política del Gobierno y a la mayoría parlamentaria ²⁴³.

En relación a la división de poderes sería, sin embargo, bastante problemático si el Parlamento estuviese capacitado para vincular al Gobierno a su propia iniciativa de planificación mediante leyes y mandatos de planificación. Algunos proyectos de leyes de control de la planificación de los *Länder* incluían este poder ²⁴⁴. Pero la polémica existente antaño sobre este particular parece haber remitido ya.

65. *¿Admisibilidad de los mandatos de planificaciones vinculantes al Gobierno?*

Habría que estudiar si el marco constitucional permite que el Parlamento imponga mandatos de planificación vinculantes para el Gobierno y si estos proyectos son constitucionales.

En primer lugar, hay que indicar que no nos referimos a la competencia del Parlamento para elaborar propias iniciativas de planificación, ni tampoco a que no hay inconveniente a los requerimientos, mediante decreto parlamentario ordinario no vinculantes para el Gobierno, para presentar una determinada planificación, y a que no debería infravalorarse su efectividad política ²⁴⁵. Los posibles efectos vinculantes de tales expresiones de voluntad del Parlamento carecen de legitimación constitucional. Para la responsabilidad gubernamental de la dirección política es esencial la «primera palabra». Si se denegase la iniciativa de planificación como función principal del Gobierno se afectaría esencialmente al núcleo de ésta ²⁴⁶; lo que contradiría el principio constitucional de división de poderes y sería, por tanto, inadmisiblemente.

²⁴² Dieter ADERHOLD, *Kybernetische Regierungstechnik in der Demokratie, Planung und Erfolgskontrolle*, 1973, p. 274.

²⁴³ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 83; en sentido afirmativo, WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 327 y ss.

²⁴⁴ Cfr., por ejemplo, § 2, párrafo 2. Proyecto de la CDU de Renania del Norte/Westfalia: «El *Landtag* (Parlamento del *Land*) puede requerir en cualquier momento al Gobierno del *Land*, para que éste elabore un plan para un ámbito determinado», publicado en SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), anexo.

²⁴⁵ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 85 y ss.; GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 73.

²⁴⁶ A un resultado parecido llega OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 85 y ss.; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 54 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 328 y ss.; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 296 y ss. Tomo II, SCHRÖDER, § 50, números marginales 6, 12.

bb) *Información del Parlamento sobre los planes del Gobierno*66. *Información del Parlamento*

El grado de efectividad de la participación del Parlamento en la planificación dependerá en último término del momento de la participación, es decir, de la información inmediata que le proporcione el Gobierno²⁴⁷. La Constitución recoge la obligación de proporcionar información²⁴⁸ en su artículo 53, párrafo 3.º, inciso 3.º, que regula que el Gobierno federal deberá informar puntualmente al Senado sobre la «gestión de sus negocios». Falta, sin embargo, una regulación similar respecto a la Cámara Baja y el artículo 53a, párrafo 2.º, inciso 1.º, de la Constitución recoge tan sólo un deber informativo frente a la Comisión Conjunta, aunque limitada a las planificaciones del Gobierno en caso de defensa nacional.

Parece razonable considerar que esta regulación puntual es una norma de excepción, por la que se atribuye la relación entre los distintos órganos Gobierno y Parlamento al ámbito excluido del derecho de la cortesía y convenciones políticas.

67

OSSENBÜHL, sin embargo, remite a la doctrina de integración de Rudolf SMEND, que declara como «evidencia jurídico-estatal» que los órganos estatales no sólo «dependan de la cooperación y percepción, sino que estén jurídicamente obligados a ello», dado que «el Estado en sí deberá integrarse como resultado de la interacción entre los diversos órganos estatales supremos». SMEND constata que ya en la Constitución de Weimar se incluía un deber jurídico no escrito de comprensión y equilibrio de los órganos estatales supremos²⁴⁹. Desde este punto de vista, tiene más lógica entender las normas constitucionales mencionadas *ut supra* como manifestaciones explícitas de «una normativa no escrita de unos deberes de comportamiento y de fidelidad interorgánica»²⁵⁰, antes que *sensu contrario* negar este deber²⁵¹. Por todas

²⁴⁷ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 73; de forma exhaustiva WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 309 y ss., con más referencias bibliográficas; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 108 y ss.

²⁴⁸ Tomo II, H. H. KLEIN, § 41, número marginal 32.

²⁴⁹ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. 88 y ss.

²⁵⁰ Hans SCHNEIDER, «Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens», en: *FS für Gebhard Müller*, 1970, pp. 421 y ss.; JOSEPH KÖLBLE, «Die Ministerialverwaltung im parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem des Grundgesetzes», en: *DÖV*, 1969, p. 34; BVerfG, Status-Denkschrift, en: *JÖR*, 6 (1957), p. 206; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 108 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 318.

²⁵¹ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 89.

estas razones, parece que cabe aceptar un deber constitucional de información correspondiente del Gobierno frente al Congreso Federal (*Bundestag*)²⁵².

68. *El problema de la prestación de información a tiempo*

El momento en el que se preste esta información es decisivo para poder determinar la eficiencia de la participación del Parlamento en la planificación. Razón por la cual, el Parlamento deberá ser informado en un momento adecuado del procedimiento de la planificación, para que así pueda ponderar las cuestiones materiales planteadas y pueda resolver las cuestiones sin estar sometido a ninguna presión temporal. Al exponer la planificación de las funciones comunes del artículo 91a, párrafo 3.º, de la Constitución ya se ha hecho mención de tales exigencias temporales en la práctica²⁵³. No obstante, es difícil ofrecer una indicación abstracta sobre los modos de proceder correspondientes. Esta cuestión depende, más bien, del consenso político y de la interrelación ente el Gobierno y el Parlamento²⁵⁴.

cc) *Participación del Parlamento en la fase decisoria*

69. *Derechos de participación del Parlamento. El modelo de ratificación*

La cuestión de la información está estrechamente relacionada con la cuestión de la participación del Parlamento en la fase decisoria.

El polémico modelo de ratificación no representa realmente una participación del Parlamento en el proceso decisorio. Es decir, que el Parlamento no entraría en juego en la fase decisoria más que al final, cuando la planificación ya se ha elaborado. Al Parlamento le quedarán entonces tan sólo dos posibilidades, o sanciona la planificación o mantiene la situación de falta de planificación en ese ámbito material determinado. La obligación fáctica de la aprobación del plan en esta situación sería tal que el Parlamento se vería reducido a un «mero aparato de legitimación»²⁵⁵.

²⁵² OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 90; y también GAA (*op. cit.*, n. 134), pp. 73 y ss.; DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), p. 110; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 318. Tomo II, HERZOG, § 45, número marginal 36.

²⁵³ *Vid.* números marginales 34-35, y GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 74.

²⁵⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 95; Fritz RIETDORF, «Die Gemeinschaftsaufgaben - Ein Schritt zur gemeinsamen Aufgabenplanung von Bund und Ländern?», en: *DÖV*, 1972, p. 513 (517); Ferdinand von PETER, «Zur Beteiligung des Parlaments an der Planung auf Bundesebene», en: *DÖV*, 1972, p. 336 (337 y ss.).

²⁵⁵ Horst HARNISCHFEGGER, *Planung in der sozialistischen Demokratie*, 1969, p. 91; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 91.

70. *El sistema de las decisiones interconexionadas*

Parece que se podría alcanzar un equilibrio de los poderes del Parlamento y el Gobierno en un sistema de decisiones interconexionadas en el que se previese una pronta participación del Parlamento en el procedimiento de planificación, de manera que el «poder legislativo encontrase reflejadas sus consideraciones políticas en el resultado de la planificación del Gobierno»²⁵⁶.

71. *El modelo de alternativa a la planificación*

El modelo de alternativa a la planificación podría ser ciertamente indicado para fijar una participación suficiente del Parlamento en la misma. La creación de una alternativa depende de la capacidad de hecho de planificación del Gobierno que es el que tiene que ofrecer tal alternativa. Lo que significa que él mismo decidirá qué alternativa presentaría. Y ello presumiría, en último término, una combinación de derechos amplios a que el Parlamento reciba una información extensa en la fase de la iniciativa de la planificación, así como el derecho del Parlamento y de sus grupos de proponer ellos mismos las alternativas²⁵⁷.

72. *Formas de la participación parlamentaria*

Finalmente, quedaría por resolver la cuestión de la forma que ha de adoptar la participación del Parlamento en la decisión sobre la planificación. A cuyo propósito habrá que considerar aquí todas las decisiones tomadas mediante ley, así como mediante decretos parlamentarios (ordinarios). En primer lugar, hay que indicar que esta cuestión no tiene nada que ver con la de las posibilidades eficientes de influencia que el Parlamento pudiera tener sobre la configuración material de la planificación²⁵⁸. Estas dependerán de la participación en el procedimiento de elaboración del plan, en el que se recogen los puntos claves que habrán de ser tenidos en cuenta en el plan que todavía está en fase de tramitación. En la participación previa del Parlamento se decide si los resultados de la planificación incluyen la «voluntad» y el

²⁵⁶ STERN (*op. cit.*, n. 206), p. 79; lo niega BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 448.

²⁵⁷ Cfr. la exposición extensa que hace OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 92; sobre el significado de las alternativas a la planificación como tema esencial en la planificación, *vid.* OVG BREMEN, en: *ZfBr*, 1986, pp. 50 y ss.; sobre el Derecho de los planes directivos de urbanismo, cfr. también DOBIEY (*op. cit.*, n. 27), pp. 142 y ss.; y WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 319 y ss.; con respectivas referencias bibliográficas, BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), pp. 452 y ss., se muestra crítico frente a esta posibilidad.

²⁵⁸ Adecuadamente GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 80.

«sello» del Parlamento ²⁵⁹. Pero la finalización del procedimiento de la planificación requiere asimismo una decisión. En primer lugar, habrá que comprobar en concreto si un plan tiene efectos frente a terceros, frente a los ciudadanos. En este supuesto serán la «reserva de ley» y la «teoría de la esencialidad» las que determinen una resolución *qua lege*. Ello es igualmente aplicable al supuesto en el que la elección de la forma conlleva una vinculación determinada del ciudadano ²⁶⁰. Un caso similar es el de la vinculación de los titulares de las Administraciones autónomas, ya que ésta deberá estar fundada asimismo en una ley formal ²⁶¹. La vinculación del Gobierno al voto del Parlamento puede obtenerse mediante simples leyes de procedimiento que prevean un procedimiento sencillo de aprobación para planificaciones concretas o mediante un procedimiento de aprobación que prevea la forma de ley para ello ²⁶².

El Parlamento debería conservar la posibilidad de poder resolver en todo caso mediante ley. Y si tan sólo quedase vinculado el Poder ejecutivo, nos encontraremos ante las así llamadas leyes orgánicas ²⁶³.

73

Tanto OSSENBÜHL como BÖCKENFÖRDE defienden una vinculación de tipo directriz o de marco que deberían estar diferenciadas materialmente de la vinculación legal estricta ²⁶⁴. Esta vinculación no sólo se derivaría de los decretos parlamentarios, sino que la planificación «mancomunada» actuaría como pacto entre el Gobierno y el Parlamento y tendría, por tanto, una naturaleza cuasi contractual.

Si, por contra, cada órgano pudiera liberarse de la vinculación de la planificación quedaría vacía de contenido la «planificación mancomunada» y el sistema gubernamental se convertiría en inseguro e incapaz de funcionar ²⁶⁵.

²⁵⁹ Así, BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 448.

²⁶⁰ GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 81; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 98 y ss.

²⁶¹ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 98; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 31 y ss.; cfr. artículo 28, párrafo 2.º, inciso 1.º, de la Ley Fundamental: «en el marco de las leyes».

²⁶² GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 80.

²⁶³ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 719; íd. (*op. cit.*, n. 13), pp. 1007 y ss.; ejemplos se encuentran en GAA (*op. cit.*, n. 134), p. 80, *op. cit.*, n. 36.

²⁶⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 98; BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, n. 27), p. 449; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 85 y ss.

²⁶⁵ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 99.

D. FUNDAMENTOS Y LIMITES JURIDICO-CONSTITUCIONALES DE LA PLANIFICACION

74. *Premisas constitucionales favorables y contrarias a la planificación*

El fenómeno de la planificación no sólo ha planteado el problema de incardinación de carácter organizativo estatal en el esquema de la separación de poderes²⁶⁶, sino que plantea además toda una serie de cuestiones constitucionales. La planificación está vinculada, como cualquier otra actividad estatal, a las indicaciones y premisas estatales materiales de la Constitución, o sea, que queda determinada por éstas y, en algunos casos, incluso será exigible su realización. Los mandatos constitucionales de interés en este lugar son, sobre todo, las formulaciones de fines estatales, especialmente el principio de Estado de Derecho, así como los derechos fundamentales. Estas normas constitucionales pueden ser, por un lado, favorables a la planificación, es decir, propugnarán su carácter necesario o, al menos, aceptan tal posibilidad; pero, por otro lado, y de acuerdo a su función limitativa del Estado, pueden tener ciertos efectos contrarios a la planificación²⁶⁷. Ambos aspectos serán estudiados con detalle acto seguido.

I. PREMISAS CONSTITUCIONALES FAVORABLES DE LA PLANIFICACIÓN

75. *Premisas constitucionales favorables de la planificación*

Tanto el principio del Estado de Derecho y el del Estado social, así como los derechos fundamentales, son posiciones constitucionales favorecedoras y partidarias de la planificación²⁶⁸.

1. *Planificación y principio del Estado de Derecho*

Seguridad jurídica

Se puede decir que la planificación es un factor que contribuye a la seguridad jurídica al estructurar la actuación estatal futura, haciéndola previsible, dado que de toda una serie de objetivos posibles se

²⁶⁶ Vid. números marginales 28 y ss.

²⁶⁷ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 691; cfr. también STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 722; SCHRÖDER (*op. cit.*, n. 16), pp. 38 y ss.

²⁶⁸ Es WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 330 y ss., quien más profundamente estudia esta problemática.

fijan unas prioridades determinadas. Lo que quiere decir —y ello es especialmente válido para la planificación política— que la actuación estatal será previsible para los particulares. De ésta se podrán inferir, concretamente, posibles modificaciones legales futuras. La planificación política previa a los proyectos legales resalta asimismo el marco y la interrelación en la que se encuentran estas leyes, contribuyendo así a una mayor claridad del sistema jurídico en general ²⁶⁹. Finalmente, se puede añadir que la planificación conlleva un cierto elemento de seguridad en la ley y en sus efectos jurídicos.

76

Estos aspectos pueden tener determinadas consecuencias en el Derecho de planificación. Sin embargo, WÜRTEMBERGER, que se ha dedicado intensamente al estudio de este tema, indica acertadamente que en el amplio marco de actividad política el legislador tiene entera libertad para modificar algunas leyes, así como para corregir el curso de algunos modelos sociales y económicos. Razones de hecho y de derecho podrían fundamentar también la exigencia de coherencia en el Derecho de planificación ²⁷⁰.

77. Seguridad jurídica mediante coherencia en el Derecho de planificación

En primer lugar, se alcanza seguridad jurídica mediante coherencia en el Derecho de planificación a través de unos hechos dados. Así, la firmeza basada en la naturaleza del procedimiento de la planificación implica cierta autovinculación del legislador de la planificación ²⁷¹. Asimismo, la lentitud del procedimiento legislativo conlleva cierta vinculación del legislador (de la planificación) a las regulaciones ya dictadas y, por tanto, al sistema en el que ésta se basa ²⁷². Y, finalmente, hay que traer a colación que la necesidad de continuidad de la planificación política puede imponer ciertas exigencias de coherencia en el Derecho de planificación, que perduren más allá de las cambiantes mayorías parlamentarias. La planificación política debe extender su horizonte regulador a más de una legislatura para poder recuperar la primacía de la política frente a una gestión de crisis a corto plazo ²⁷³.

²⁶⁹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 337.

²⁷⁰ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 341.

²⁷¹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 341.

²⁷² WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 341.

²⁷³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 342; Graf VITZTHUM (*op. cit.*, n. 6), pp. 30 y ss.

78. *Consecuencias constitucionales de la seguridad jurídica*

Junto a estos hechos que no deberán infravalorarse en la práctica, deberá resolverse la cuestión de una posible fundamentación constitucional de la coherencia en el Derecho de planificación.

Aplicabilidad del principio de la lex posterior

WÜRTEMBERGER se plantea en este contexto una posible quiebra de las «reglas» sobre la colisión legal en el Derecho de planificación. Una actitud que tendría cierta utilidad para la coherencia en el Derecho de planificación, ya que el legislador se autovincularía mediante la promulgación de leyes de planificación, de forma que las leyes posteriores no podrían contradecir las leyes de planificación existentes. Se trata de definir, principalmente, la validez del principio *lex posterior derogat legi priori* en la relación que media entre las leyes posteriores y las leyes anteriores (generales) de planificación²⁷⁴. Habrá que recurrir a la interpretación para determinar si se ha pretendido una derogación o si las leyes de planificación anteriores no han de ser modificadas por una ley de medidas posterior. Como resultado hay que fijar en este lugar que el «principio de la ley posterior» es aplicable tanto a la relación entre leyes de planificación y leyes concretizadoras como con las demás leyes de desarrollo²⁷⁵.

Frente a las teorías contrarias surgidas en la doctrina²⁷⁶, cabe oponer que el poder legislativo tan sólo está vinculado a la Constitución (art. 20, párrafo 3.º); lo que permite que el legislador democráticamente legitimado pueda modificar en cualquier momento sus propios programas²⁷⁷.

79. *Mandato de coherencia para la planificación de desarrollo de la Constitución*

Cabe fundamentar la coherencia en el Derecho de planificación recurriendo a otra teoría. Las leyes de planificación suelen concretar los principios constitucionales o tienen como finalidad el cumplimiento de los mandatos constitucionales. En el marco de las garantías institucionales se da una constelación similar, ya que éstas también pueden ser

²⁷⁴ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 344 y ss.

²⁷⁵ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 351; Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, p. 329; STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 723.

²⁷⁶ Por ejemplo, Rüdiger BREUER, «Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm- und Plangesetze?», en: *DVBl*, 1970, p. 101 (102).

²⁷⁷ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 351, con mayores referencias bibliográficas en la *op. cit.*, n. 67.

desarrolladas mediante leyes ordinarias. Este desarrollo puede adquirir rango constitucional si la regulación legislativa ordinaria abarca el ámbito de la garantía constitucional correspondiente, por ejemplo, en la Administración autónoma municipal²⁷⁸. Se trata de una idea que podría ampliarse al ámbito de la planificación. Un análisis profundo permite comprobar, sin embargo, que tan sólo en cuestiones fundamentales que prácticamente no permiten ninguna solución alternativa, se puede desarrollar una conciencia general que, a su vez, podría motivar a la jurisprudencia constitucional para otorgar validez constitucional a una regulación legal. Y, por regla general, ello no es aplicable a la planificación²⁷⁹.

80. Seguridad jurídica mediante la justicia material

Otro principio, incardinado en el ámbito del principio del Estado de Derecho que supone una vinculación a los planes, es el de la justicia material o, en otras palabras, el de la fidelidad a los principios²⁸⁰. Ello implica la obligación de mantener aquella vía que se inició para un sector material determinado y —de especial importancia en la planificación política supraterritorial— de buscar una amplia concordancia para un acuerdo general²⁸¹, lo que no significa naturalmente que no se permitan o no sean considerados convenientes ciertos compromisos entre diferentes principios y valoraciones²⁸².

La concepción constitucional del principio de la justicia material en el Derecho de planificación ha dado pie a toda una serie de opiniones diversas y múltiples. Aunque no se trata de un principio de Derecho constitucional que goce de especial protección²⁸³, de los diferentes principios fundamentales de la Constitución se puede deducir su existencia. Un primer punto de referencia lo forman el principio de igualdad, así como el de la prohibición de arbitrariedad, unido estrechamente al principio del Estado de Derecho²⁸⁴, en los que podrá fundamentarse el de la autovinculación del legislador. En la promulgación de diferentes leyes son las normas que establecen principios las que go-

²⁷⁸ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 352, con mayores referencias bibliográficas en la *op. cit.*, n. 71.

²⁷⁹ De forma extensa, WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 352 y ss.

²⁸⁰ La utilización del lenguaje es muy distinta, cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 699 o WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 359, con mayores referencias bibliográficas en nota 97.

²⁸¹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 358.

²⁸² WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 359.

²⁸³ Werner HOPPE/Hans-Werner RENGELING, *Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsform*, 1973, p. 114.

²⁸⁴ *Vid.* en concreto también HOPPE/RENGELING (*op. cit.*, n. 283), pp. 116 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 361, con referencias bibliográficas en la nota 102.

zan de primacía: y con ellas deben contrastarse las normas realizadas de principios ²⁸⁵.

81. Seguridad jurídica mediante protección de la buena fe

Otro criterio para fundamentar la justicia material y la fidelidad a los principios, es el principio de la protección de la buena fe. Este requiere que la actividad estatal sea previsible y su validez puede deducirse de los derechos fundamentales ²⁸⁶. Pero tampoco aquí, como ya se ha indicado en otro contexto ²⁸⁷, se deberán elevar demasiado las metas de continuidad de las regulaciones legales. El legislador debe poder disponer de un margen suficiente para reaccionar ante los cambios de la situación social y económica.

Este antagonismo entre la protección de la buena fe y de la apertura o flexibilidad de las regulaciones legales obliga a llevar a cabo una valoración diferenciada de la capacidad de imponerse que goza la protección de la buena fe. Con WÜRTEMBERGER se puede decir que, generalmente, no puede crearse una confianza en la continuidad cuando se trate de leyes de planificaciones globales, ya que la referencia de estas leyes como, por ejemplo, la Ley federal de ordenación territorial y ordenación urbana a la esfera de la disposición privada es tan débil, que prácticamente no puede hablarse de una relación de confianza entre el Estado y el ciudadano ²⁸⁸.

82

Las leyes de planificación que engloban un sector vital concreto y que crean estímulos especiales para los particulares y la disposición de su patrimonio, encaminándolos hacia una dirección determinada, requieren un estudio diferenciado. En estos supuestos cabe aceptar una confianza del sujeto económico en la continuidad de determinadas regulaciones de planificación dignas de protección, siempre y cuando su mantenimiento se deba a razones jurídicas o económicas ²⁸⁹.

²⁸⁵ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 365. *Supra* MAURER, § 60, números marginales 62 y ss.

²⁸⁶ No hay acuerdo en torno a la deducción del principio de la buena fe en concreto, especialmente si puede desarrollarse un principio general de la protección de la buena fe, cfr., por ejemplo: Eberhard GRABITZ, «Vertrauensschutz als Freiheitschutz», en: *DVB1*, 1973, pp. 675 y ss. (art. 2, párrafo 2, GG); Walter SCHMIDT, «Vertrauensschutz» im öffentlichen Recht», en: *JuS*, 1973, pp. 529 y ss. (art. 14 GG).

²⁸⁷ *Supra* número marginal 78.

²⁸⁸ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 369 y ss.; cfr. también Christoph DEGENHART, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*, 1976, p. 110.

²⁸⁹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 370; sobre la garantía del plan en cuyo marco estos aspectos desempeñan un papel importante, *vid. supra* números marginales 126 y ss.

Como resultado puede retenerse tan sólo que el principio del Estado de Derecho es generalmente favorable a la planificación y que ésta, configurada como una actividad estatal previsora y de orientación en el sistema —objetivos que por lo menos debe perseguir materialmente—, crea una actividad estatal de continuidad y previsibilidad adecuada al principio del Estado de Derecho. Pero sólo en casos muy excepcionales se podrá deducir directamente de sus diferentes modalidades una pretensión constitucional al mantenimiento de la continuidad de la planificación.

2. *Planificación y principio del Estado social*

83. *Planificación y principio del Estado social*

Parece que es el principio del Estado social el predestinado a verse mejor realizado mediante la planificación y es, por tanto, a primera vista muy favorable a ella.

Esta máxima constitucional muestra una afinidad extraordinaria con el Estado social y del bienestar que generalmente goza de un sistema regulativo muy intenso. Parece que será la planificación la que, con sus elementos de previsión de futuro y coordinación, pueda llevar a cabo su realización más adecuada.

La importancia del principio del Estado social se basa fundamentalmente en su *status* dogmático, actualmente fuera de duda²⁹⁰. En el marco constitucional actual, el principio del Estado social no se limita a una mera fórmula de compromiso, sino que se trata de un principio jurídico. Pero esta interpretación no es aplicable a la Ley Fundamental que, por razones históricas, ha excluido explícitamente las declaraciones programáticas y todas aquellas normas carentes de carácter vinculatorio²⁹¹.

84. *Escasa concreción del principio del Estado social*

A pesar del preconocimiento genérico de la validez jurídica del principio de Estado social ha de reconocerse que las máximas de comportamiento derivables directamente de éste son más bien limitadas. La política social depende, incluso siendo válido el principio constitucional del Estado social, sobre todo, de la Política y de las resolucio-

²⁹⁰ Tomo I, ZACHER, § 25, números marginales 25 y ss.

²⁹¹ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VIII, número marginal 20; BENDA (*op. cit.*, n. 209), pp. 509 y ss.; SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, número marginal 16. Tomo I, ZACHER, § 25, números marginales 80 y ss.

nes sobre su oportunidad ²⁹². Razón por la cual, la jurisprudencia de los Tribunales Supremos, y aquí especialmente el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) y el *Bundessozialgericht* (Tribunal Social Federal) suelen definir este principio generalmente de forma «negativa», es decir, como prohibición de llevar a cabo una política claramente antisocial ²⁹³. Esta función tan reducida del principio del Estado social ²⁹⁴ relativiza, naturalmente, su posible utilización como fundamentación de las obligaciones de planificación basadas en el Estado social.

El principio del Estado social se reduce en este sentido a una mera proyección de objetivos que deberán ser nuevamente configurados de forma consensuada ²⁹⁵, a medida que la situación económica y social vaya modificándose. Esta función se cumple fundamentalmente en combinación con los derechos fundamentales y en una demanda continuada de una configuración perfeccionista de la comunidad social mediante garantías sociales, reformas y compromisos ²⁹⁶.

85. Inexistencia de legitimación para una planificación social totalitaria

Finalmente hay que indicar que un Estado social que pretendiese acentuar y hacer efectivos los instrumentos de la planificación, con objeto de llegar a una regulación global y profunda de los problemas sociales y económicos existentes, entraría en contradicción con la esencia del Estado liberal, dado que en éste debe mantenerse con flexibilidad el principio del Estado social ²⁹⁷. Una economía planificada y una planificación social totalitaria no deberán ser el objetivo pretendido al amparo del marco del principio del Estado social ²⁹⁸. Cabe resumir, por tanto, que el principio del Estado social no implica directivas contrarias a la planificación, pero que tampoco cabe deducir de él ningún objetivo operacionable de planificación ²⁹⁹.

²⁹² No figura el texto en el original alemán.

²⁹³ Cfr. referencias en HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VIII, números marginales 25 y ss.

²⁹⁴ En este lugar no se puede profundizar más en ello, cfr. la brillante exposición de HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VIII, números marginales 20 y ss.; *vid.* también Klaus STERN, «Sozialstaat», en: *EVStL*, Sp. 3270 y ss.

²⁹⁵ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VIII, número marginal 20; BENDA (*op. cit.*, n. 209), pp. 522 y ss., se expresa sobre la cláusula de Estado social como un concepto jurídico de orientación de futuro.

²⁹⁶ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 398 y ss.; Ingo von MÜNCH, en: *v. Münch I*, nota previa a los artículos 1-19, números marginales 20 y ss.

²⁹⁷ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 397, con más referencias bibliográficas en la nota 45.

²⁹⁸ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 387; *vid.* también STERN (*op. cit.*, n. 294), Sp. 3270 y ss.; HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VIII, número marginal 16.

²⁹⁹ Al mismo resultado llega también WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 397, que considera que los objetivos «generales» de la planificación: «paz social», «seguridad social» y «justicia social», son generales en este contexto y, por tanto, no operacionables.

3. Planificación y derechos fundamentales

86. Acentuación de la planificación mediante los derechos fundamentales

Finalmente deberán ser tenidos en cuenta los derechos fundamentales como el fundamento de obligaciones y derechos constitucionales.

a) Planificación y «derechos fundamentales sociales»

A lo largo de este trabajo ya se ha resaltado en varias ocasiones la afinidad existente entre la planificación y el Estado social moderno y prestacional. Lo cual se refleja principalmente en el hecho de que en la sociedad industrial moderna las condiciones de vida no se basan exclusiva o principalmente en el autoabastecimiento, sino más bien en un abastecimiento por terceros. Así, la existencia del sujeto individual dependerá de las prestaciones estatales³⁰⁰ y, por tanto, del mecanismo distribuidor que, a su vez, se basa en una planificación previa.

La función jurídico-prestacional de los derechos fundamentales

En este contexto se plantea «hasta qué punto los derechos fundamentales incluyen junto a los derechos de exclusión y defensa de carácter negatorio, también derechos positivos del ciudadano frente al Estado para la concesión de protección, de prestaciones económicas, de más fomentos, de la puesta a disposición de instalaciones públicas y de la admisibilidad de estas instalaciones»³⁰¹.

Con la doctrina mayoritaria habrá que negar la nueva interpretación de los derechos fundamentales como derechos originarios de participación³⁰². Y me limitaré en este lugar a indicar la decisión claramente negativa del constituyente en este sentido³⁰³, así como los inconvenientes³⁰⁴ creados por este entendimiento de los derechos fundamentales.

³⁰⁰ V. MÜNCH (*op. cit.*, n. 296), nota previa artículos 1-19, número marginal 18; de forma extensa GÖRG HAVERKATE, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, 1983, *passim*.

³⁰¹ Rüdiger BREUER, «Grundrechte als Anspruchsnormen», en: *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, pp. 89 y ss. (91).

³⁰² Cfr. V. MÜNCH (*op. cit.*, n. 296), nota previa a los artículos 1-19, número marginal 20, con más referencias bibliográficas. Tomo II, ZACHER, § 25, números marginales 98 y ss. Tomo V, *Teilhaberechte, soziale Grundrechte: System der Grundrechte*.

³⁰³ Cfr. JÖR NF 1 (1951), pp. 58 y ss. (94); BREUER (*op. cit.*, n. 301), p. 93.

³⁰⁴ Cfr. sólo WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 383 y ss.

Tan sólo en el ámbito de los derechos de prestación derivativos³⁰⁵ reconocidos en la «resolución *numerus clausus*» del Tribunal Constitucional³⁰⁶ podrían conducir los derechos fundamentales a una pretensión de actuación prestacional estatal y, por tanto, también a la iniciación de una planificación necesaria para el cumplimiento de tales prestaciones o a que los planes existentes, como, por ejemplo, en el sector de la enseñanza, se centren en los objetivos fijados por el Tribunal Constitucional³⁰⁷. Pero aquí ya se agota la posible implicación para el sector de la planificación deducible de la función jurídico-prestacional de los derechos fundamentales.

b) *Planificación y comprensión jurídico-fundamental institucional*

88. *Comprensión jurídico-fundamental institucional*

Otro punto de referencia, incluso de mayor importancia en la planificación, es la comprensión jurídico-fundamental institucional. Mediante el reconocimiento del elemento de efectividad de los derechos fundamentales se crea el fundamento de un orden de valores objetivo marcado por los derechos fundamentales: «De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional los derechos fundamentales no sólo comprenden derechos de exclusión y defensa subjetivos de cada particular frente al Estado, sino que representan además un orden de valores objetivo que, como resolución constitucional fundamental, fija para todos los ámbitos del Derecho las líneas maestras y los impulsos para la legislación, administración y jurisprudencia³⁰⁸.» No es necesario añadir nada a esta declaración del Tribunal que expresa una configuración o concreción sustancialmente admisible de los derechos fundamentales por el legislador o el Poder ejecutivo³⁰⁹. In-

³⁰⁵ Al respecto V. MÜNCH (*op. cit.*, n. 296), nota previa artículos 1-19, número marginal 20; Hans-Uwe ERICHSEN, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I*, 1984, pp. 70 y ss.; Erhard DENNINGER, en: GG-AK, previo al artículo 1, números marginales 23 y ss.

³⁰⁶ BVerfGE, 33, 303 y ss. (328 y ss.); *vid.* también al respecto WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 413 y nota 64; Günter DÜRIG, en: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG.*, artículo 3, párrafo 1, números marginales 113 y ss.; Peter HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht im Leistungss-taat», en: DÖV, 1972, pp. 729 y ss.; Horst SENDLER, «Teilhaberechte in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts», en DÖV, 1978, pp. 581 y ss. (584 y ss.); HAVERKATE (*op. cit.*, n. 300), pp. 206 y ss.

³⁰⁷ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 413.

³⁰⁸ BVerfGE, 39, 1 (4).

³⁰⁹ Walter SCHMITT GLAESER, «Planung und Grundrechte», en: DÖV, 1980, p. 1 (5), con nota 46. Tomo V, *System der Grundrechte*.

cluso en los supuestos de salvaguardia de un mínimo existencial, puede aceptarse la teoría del valor informativo objetivo de los derechos fundamentales. El artículo 1, párrafo 1.º, de la Ley Fundamental ya indica tales medidas estatales³¹⁰. Y en la República Federal Alemana ya no se pone en duda la garantía del mínimo existencial «a la antigua usanza». Actualmente, la polémica se centra esencialmente en una configuración global social realizada por el Estado y ello especialmente mediante la figura de la planificación³¹¹. Y así, se acentúa justificadamente que «en el sector de la asistencia vital no existe ninguna limitación. Su naturaleza se funda esencialmente en su ampliación y su aumento»³¹² y, por tanto, también en la amplia regulación estatal.

89. *Tendencia hacia una ampliación de la comprensión jurídico-fundamental institucional*

SCHMITT GLAESER ha expuesto insistentemente, con vistas a la ordenación territorial y la planificación del *Land*, los riesgos que para la libertad individual se crean a través de una comprensión jurídico-fundamental institucional amplia en relación a la planificación³¹³.

El párrafo 1, párrafo 1.º, ROG dice como sigue: «El territorio nacional deberá tender en su estructura territorial general al mejor servicio del libre desarrollo de la personalidad.» La regulación citada pretende que con esta conexión entre la planificación y los derechos fundamentales quede claro que aquélla no se reduce a un proceso meramente formal y técnico, sino que ha de tener en cuenta y orientarse en los valores materiales de nuestra Constitución, especialmente en los derechos fundamentales³¹⁴. Así, una recomendación de la Comisión asesora para ordenación territorial del Ministro Federal de Ordenación territorial, Obras públicas y Urbanismo del 16 de junio de 1976³¹⁵ reza como sigue: «La política de ordenación territorial deberá partir, por tanto, de unos estándares mínimos para todo el territorio federal y renunciar a la consideración de las diferencias en las valoraciones subjetivas...»

³¹⁰ SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), pp. 1 y ss.; WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 109 y ss.; DÜRIG (*op. cit.*, n. 305), artículo 1, números marginales 43 y ss.; BREUER (*op. cit.*, n. 301), pp. 95 y ss.

³¹¹ SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), pp. 1 y ss.

³¹² SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), p. 5.

³¹³ SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), pp. 1 y ss.

³¹⁴ SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), p. 1 (2); BIELENBERG/ERBGUTH/SÖFKER (*op. cit.*, n. 92), K, § 1, números marginales 32 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 528 y ss.

³¹⁵ Editado por el Ministro Federal de Ordenación Territorial, Obras públicas y Urbanismo, 1976, p. 37.

SCHMITT GLAESER se opone acertadamente a una declaración del Tribunal Constitucional federal, según la cual «no es suficiente que la autoridad se esfuerce al máximo en servir al bien de sus “súbditos”...»³¹⁶ y se plantea la importancia que para la planificación aún pueda tener el sujeto particular con su valoración de uso subjetivo. A lo que él mismo³¹⁷ responde de forma concisa afirmando que «ello no quiere decir otra cosa sino que en este supuesto la personalidad no se desarrolla por sí misma, sino que es desarrollada desde fuera», es decir, que es el Estado quien «define» el contenido de los derechos fundamentales y la libertad.

Pero habrá que negar esta comprensión jurídico-fundamental institucional tan extensa y ello tanto de forma genérica como en atención concreta a lo que supone para la ampliación de la actividad planificadora del Estado. MERTEN añade justificadamente que «si se han debilitado de esta forma los derechos fundamentales (mediante su institucionalización —nota del autor—), resultará fácil definir en interés de las instituciones y como postulado constitucional el deber del ejercicio de un derecho fundamental determinado, en su caso y, generalmente, de un derecho fundamental»³¹⁸.

Especialmente DÜRIG ha resaltado encarecidamente estos riesgos. Ya en 1958 indicaba en relación a la garantía institucional que originariamente había sido desarrollada como apoyo a la función jurídico-subjetiva de los derechos fundamentales y que, con ayuda de estas garantías y de las atribuidas funciones públicas, se configurarían los derechos subjetivos en los que se basan, invirtiéndose, por tanto, causa y efecto. Pero ello provocaría un error capital, al considerar que los derechos fundamentales existirían como derechos subjetivos medidos por la garantía institucional. Sin embargo, la doctrina originaria había pretendido exactamente lo contrario: «las garantías institucionales existen en la medida de los derechos públicos en los que se basan. Y existen a causa de los derechos subjetivos»³¹⁹. El autor expone la misma

³¹⁶ Así, en la sentencia KPD: BVerfGE, 5, 85 (204 y ss.).

³¹⁷ SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), pp. 3 y 5.

³¹⁸ Detlef MERTEN, «Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien - zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte», en: *VerwArch*, 73 (1983), p. 103 (119). GROOTERHORST (*op. cit.*, n. 54), pp. 128 y ss., indica el riesgo existente para el ámbito del artículo 14, párrafo 1.º, inciso 1.º, GG.

³¹⁹ DÜRIG (*op. cit.*, n. 305), artículo 111, número marginal 98.

tesis de forma genérica sobre la comprensión jurídico-fundamental institucional ³²⁰.

Habrà que negar, por tanto, una acentuación de la planificación mediante una comprensión jurídico-fundamental objetiva ³²¹.

4. *Resumen*

92. *Escasas premisas constitucionales acentuadoras de la planificación*

Ya he indicado con anterioridad que con razón se había dicho que el Derecho constitucional generalmente no puede ser la fuente, sino tan sólo un límite jurídico, de los objetivos de la planificación ³²². La exposición presentada basada en la bibliografía constitucional actual no ha modificado esencialmente la declaración inicial y la detallada propuesta de WÜRTEMBERGER ³²³ —que defiende la existencia de declaraciones de acentuación y apoyo de la planificación en la Constitución— aporta realmente pocas directivas concretas. A lo sumo podría afirmarse que el ordenamiento constitucional aplaude la planificación allí donde por razones materiales se requiere continuidad y conformidad con el plan.

II. LÍMITES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES A LA PLANIFICACIÓN

93. *Limitación de la planificación como objetivo central del análisis jurídico-constitucional*

Las limitaciones constitucionales de la planificación merecen mayor atención que las declaraciones partidarias de ella recogidas en la Ley Fundamental. Aunque este hecho parece haber retrocedido algo frente al énfasis impuesto en los momentos de euforia planificadora ³²⁴, no es lícito ignorar que la planificación estatal es una actividad estatal sometida, como tal, a las cautelas que en este sentido establece la Constitución.

³²⁰ DÜRIG (*op. cit.*, n. 305), artículo 3, I, número marginal 147; asimismo, SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), p. 6; más referencias bibliográficas en MERTEN (*op. cit.*, n. 318), p. 111, nota 54.

³²¹ Especialmente SCHMITT GLAESER (*op. cit.*, n. 309), p. 6.

³²² HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 662 (691).

³²³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 330 y ss.

³²⁴ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), pp. 330-416, expone de forma extensiva las premisas constitucionales acentuadas de la planificación; frente a ello, le dedica un tratamiento muy breve a las limitaciones constitucionales del plan en las páginas 417-428.

Ya se ha hecho hincapié en la ambivalencia constitucional en torno a la planificación. Lo cual significa que será necesario estudiar las consecuencias de la limitación constitucional en toda una serie de manifestaciones constitucionales aportadas a favor de aquélla.

1. *Planificación y principio del Estado de Derecho*

94. *Limitaciones a la planificación de carácter jurídico-estatal*

El principio constitucional del Estado de Derecho permite deducir toda una serie de premisas limitadoras de la planificación recogidas en la Constitución o que pueden ser puestas en relación con este principio ³²⁵.

a) *La reserva y la primacía de la ley*

95. *La reserva y la primacía de la ley*

Tanto la reserva como la primacía de la ley encuentran su aplicación en planificaciones con efectos frente a los ciudadanos ³²⁶. El artículo 28, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental recoge determinadamente la reserva de ley ³²⁷. En la relación entre el Estado y el municipio tendrán efectos aquellas planificaciones estatales que, generalmente, no habrían tenido efectos frente a terceros. El mejor ejemplo se encuentra en la ordenación central territorial y de los *Länder*. Estas planificaciones no afectan a la esfera del ciudadano (párrafo 3, párrafo 3.º, ROG), pero vinculan, según el párrafo 5, párrafo 4.º, ROG, a los municipios ³²⁸. En este sentido, habrá que tener en cuenta la reserva de intervención recogida en el artículo 28, párrafo 2.º, inciso 1.º, de la Ley Fundamental ³²⁹.

³²⁵ Cfr. sobre las diferencias existentes en la deducción constitucional de la reserva de ley en los casos concretos, por un lado, HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VI, números marginales 76 y ss.; así como, por otro lado, STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 805.

³²⁶ STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 723; Winfried BROHM, «Verwirklichung überörtlicher Planungsziele durch Bauleitplanung», en: *DVBl*, 1980, pp. 653 y ss. *Supra* OSSENBÜHL, § 62. Tomo I, SCHMIDT-ABMANN, § 24, números marginales 63 y ss.

³²⁷ Cfr. Wolfgang ROTERS, en: *v. Münch II*, artículo 28, número marginal 51.

³²⁸ En detalle HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 72 y ss.; *id.*, «Das Recht der Raumordnung und Landesplanung in Nordrhein-Westfalen», en: Dieter Grimm/Han-Jürgen Papier (ed.), *Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht*, 1986, pp. 305 y ss. (333 y ss.); ERBGUTH (*op. cit.*, n. 54), M 500, número marginal 23.

³²⁹ Sobre las consecuencias de la garantía de autoadministración municipal en relación a la ordenación territorial (estatal) y de los *Länder* y los planes directores de urbanismo (municipal), cfr. también HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 79 y ss.; *vid.* números margina-

La reserva de ley también tiene relevancia en el ámbito de la planificación estatal.

La reserva de ley no será aplicable a un amplio sector de planificaciones superiores que no están dirigidas a los ciudadanos³³⁰.

En este contexto hay que profundizar en la polémica que se centra en torno a la llamada reserva de ley institucional, cuya diferencia con la reserva de ley jurídico-estatal estriba en la circunstancia de que en determinadas entidades, ya sea por razones políticas o de estructura constitucional, se reserva al legislador su creación y configuración³³¹. No obstante lo cual, esta figura jurídica afectará tan sólo a una parte reducida de la planificación indicativa-estatal, por tratarse de un sector de regulación tan específico.

b) *El mandato de ponderación*

96. *El mandato de ponderación como principio constitucional*

Una parte esencial de cualquier planificación es la valoración de interés. El deber de valoración —que ha sido desarrollado especialmente en relación al artículo 1, párrafos 5.º y 6.º, BauGB—, deberá someterse también a un contraste constitucional³³². El Tribunal Administrativo Federal ha resuelto, para sectores muy variados de la planificación y en repetidas ocasiones, que el deber de ponderar justamente los intereses privados y públicos afectados por una planificación deriva de la naturaleza misma de la planificación jurídico-estatal y es, por tanto, válida independientemente de su positivación legal³³³.

El mandato de ponderación es, además, expresión de un entendimiento muy específico del bien común anclado en la Constitución³³⁴ y, por tanto, sin duda «clave misma para la planificación social y jurídico-estatal»³³⁵.

les 106-109; Rainer WAHL, «Aktuelle Probleme im Verhältnis der Landesplanung zu den Gemeinden», en: DÖV, 1981, pp. 597 y ss.; BROHM (*op. cit.*, n. 326), p. 653 (657 y ss.).

³³⁰ Así, también STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 723; *vid.* números marginales 44-49.

³³¹ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, p. 95; SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, número marginal 46; ROTERS (*op. cit.*, n. 327), artículo 28, número marginal 47; OVG Münster, en: DÖV, 1980, p. 528 (529).

³³² HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 705.

³³³ BVerwGE, 34, 301 y ss.; 45, 309 y ss.; 48, 56 y ss.; para más referencias, *vid.* HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 238; *id.* (*op. cit.*, n. 16), p. 705; Eberhard SCHMIDT-ABMANN, en: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg (*op. cit.*, n. 94), § 1, número marginal 303; Gustav GRAUVOGEL, en: Hermann Brügelmann, «Bundesbaugesetz», *Kommentar*, de octubre de 1985, § 1, número marginal 318.

³³⁴ Helmuth SCHULZ-FIELITZ, *Sozialplanung im Städtebaurecht*, 1979, p. 299.

³³⁵ SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, n. 333), § 1, número marginal 303.

De acuerdo a la jurisprudencia creada en consecuencia de la anterior Ley Federal de urbanismo y aplicada por el Tribunal Administrativo Federal a los demás ámbitos de planificación, el deber de ponderación exige que:

— realmente se haga una valoración (en caso contrario: falta de ponderación, déficit de ponderación),

— todos los intereses públicos y privados importantes para la decisión deberán ser instruidos y determinados (en caso contrario: falta de instrucción, déficit de instrucción; aquí se requiere una determinación de los hechos y un análisis lo más exacto y concreto posible),

— no deben ignorarse los intereses públicos y privados en la valoración (en caso contrario: evaluación equivocada de ponderación),

— no puede llevarse a cabo una compensación entre los intereses públicos y privados contrarios que no esté en proporción con el valor objetivo de los intereses concretos (en caso contrario: desproporcionalidad de la ponderación).

La libertad de configuración del legislador a la hora de ponderar los intereses y de conceder prioridad o no a algunos entre ellos sólo deberá desarrollarse una vez establecido este marco ³³⁶.

c) Prohibición de desproporción

97. Exigencias de la prohibición de desproporción a la planificación jurídico-estatal

La prohibición de desproporción desempeña con sus elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad un papel importante en el marco de las medidas constitucionales de control ³³⁷. Según estas indicaciones, la planificación deberá ser adecuada tanto materialmente como en cuanto a sus objetivos ³³⁸. Su imposición determina el principio de la mínima intervención ³³⁹. La proporcionalidad exige, en sentido estricto, la realización de una valoración en la que se relacionen entre sí los medios y los fines. Las medidas no pueden estar en desproporción con las desventajas que conlleven y deberán ser, por tanto,

³³⁶ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 705 y ss.; en detalle también, *id.* (*op. cit.*, n. 21), números marginales 282 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 40), números marginales 131 y ss., 481 y ss.; Michael KRAUTZBERGER, en: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf Peter Löhr, *BBauG, Kommentar*, 1985, § 1, números marginales 93 y ss.

³³⁷ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VII, número marginal 72, y SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, número marginal 27, se expresan sobre la deducción constitucional de este principio.

³³⁸ Cfr. al respecto, por ejemplo: HOPPE/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 175 y ss.

³³⁹ STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 866, con más referencias bibliográficas.

proporcionadas. Si ocasionan un gravamen «excesivo» o «inexigible» excederán el marco de la proporcionalidad y serán, por tanto, inconstitucionales³⁴⁰. La jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal determina que ya se cumple con el principio de la proporcionalidad en las decisiones de planificación cuando se haya observado el deber de ponderación³⁴¹. Por lo que no será preciso un estudio específico³⁴².

d) *Protección de la buena fe*

98. *Planificación y protección de la buena fe*

Ya se ha hecho hincapié con anterioridad en el significado de la protección de la buena fe³⁴³. Tiene especial importancia como elemento restrictivo en las modificaciones de planificación. El principio de la protección de la buena fe es variable, pues siempre habrá que determinar en la ponderación misma cuándo será digna de protección la confianza o la buena fe del ciudadano. El sector público dispone para ello de un margen considerable³⁴⁴. Esta necesidad de ponderación de bienes es especialmente importante para la planificación que, aunque por un lado incluya el factor de modificación, también está concebida para su realización, de tal manera que terceros se regirán por este plan y lo convertirán en la base de sus disposiciones³⁴⁵.

El principio de la protección de la buena fe permite, por tanto, una justa «distribución de riesgo»³⁴⁶ entre, por un lado, la necesidad del planificador de llevar a cabo modificaciones en los objetivos del plan y, por otro, el interés digno de protección del sujeto afectado por el plan que propugna el mantenimiento del plan. De este principio de la buena fe cabe deducir, así pues, varias pretensiones³⁴⁷. No pueden realizarse modificaciones arbitrarias de los objetivos. Los primeros objetivos del plan tienen mayor importancia, lo que significa que existe la obligación de justificar y fundamentar en los supuestos de modifi-

³⁴⁰ BVerfGE, 29, 221 (235); 41, 251 (264); STERN (*op. cit.*, n. 13), p. 866.

³⁴¹ BVerwG, en: DVBl, 1978, p. 845 (848); BVerwG, en: NJW, 1978, p. 119.

³⁴² Sobre la validez de la prohibición de desproporción en la planificación, *vid.* de forma general también STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 723; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 705.

³⁴³ *Vid.* números marginales 76-82. *Supra* MAURER, § 60.

³⁴⁴ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VII, número marginal 64; Hans HUBER, «Vertrauensschutz», en: *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, pp. 313 y ss. (314); Cfr. también Werner von SIMSON, «Planänderung als Rechtsproblem», en: Kaiser (*op. cit.*, n. 5), *Planung I*, pp. 419 y ss.; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 196.

³⁴⁵ *Vid.* números marginales 76-82, y HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 700.

³⁴⁶ Así, OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 196.

³⁴⁷ Más detallado sobre este tema, HOPPE/RENGELING (*op. cit.*, n. 283), pp. 139 y ss.; *vid.* también BIELENBERG (*op. cit.*, n. 94), § 2, números marginales 127 y ss.; GRAUVOGEL (*op. cit.*, n. 333), § 2, números marginales 41 y ss.

cación. Es decir, que la libertad de modificación de los objetivos ya establecidos es, por tanto, más limitada que la de fijación de objetivos. Incluso en supuestos de una modificación de objetivos justificada materialmente deberá reducirse el «efecto sorpresa» ocasionado por los períodos de transición³⁴⁸.

2. Justicia material y justicia sistemática

99

La planificación es una actuación estatal previsor y de orientación conceptual, con una importante conexión con los principios de justicia material y del sistema. El principio de justicia sistemática se encuentra temáticamente muy cercano al principio de igualdad^{349 350} y pretende una realización sistemática y libre de contradicciones de la concepción de la planificación³⁵¹. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el concepto de la justicia del sistema se relaciona a menudo con la idea de igualdad³⁵². Sin embargo, la justicia sistemática no debe provocar una vinculación a la planificación extremadamente inflexible; más bien, deberá mantenerse la posibilidad de introducir cambios en el sistema, ya sea como modificación de la concepción global o como modificación de un supuesto individual cuando se deba a razones de justicia material objetivas³⁵³.

³⁴⁸ Estos principios han desarrollado un papel muy significativo especialmente en la reestructuración comunal, descrita por la jurisprudencia como planificación. Cfr. al respecto las amplias referencias recogidas en HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 701 y ss.; íd., «Materielle Anforderungen an Planänderungen», en: *FS für Carl Hermann Ule*, 1986, pp. 75 y ss., *passim*; Bernhard STÜER, «Gebietsreform. Alle Jahre wieder? —Mehrfachneugliederungen und Vertrauensschutz—», en: *Städte- und Gemeinderat*, 1975, pp. 109 y ss., con más referencias bibliográficas.

³⁴⁹ Sobre su —reducido— significado para el control de la planificación, *vid.* HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 697. Tomo V, *Gleichheit vor dem Gesetz*.

³⁵⁰ Básicamente Klaus LANGE, «Systemgerechtigkeit», en: *Die Verwaltung*, 1971, pp. 259 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 698.

³⁵¹ LANGE (*op. cit.*, n. 350), p. 273.

³⁵² BVerfGE, 7, 129 (153); 11, 283 (293); 13, 331 (340); 21, 54 (64 y ss.); 23, 327 (345).

³⁵³ StGH Baden-Württemberg, en: *ESVGH*, 23, 1 (5); StGH Baden-Württemberg, en: *NJW*, 1975, pp. 1205 y ss., *vid.* números marginales 76 y ss., sobre la deducción constitucional y sobre las consecuencias concretas del principio de justicia material, también: HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 699.

3. Planificación y derechos fundamentales

100. Nuevas exigencias de una dogmática de los derechos fundamentales

De acuerdo con la tesis aquí defendida, los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de exclusión o defensa de los ciudadanos frente a la actuación estatal. Deben de configurar y proteger la esfera individual del ciudadano. Este planteamiento deberá ser válido asimismo para la actuación estatal en forma de la planificación.

Debido a su multiplicidad el fenómeno de la planificación presenta en parte nuevas exigencias a la dogmática de los derechos fundamentales. Ha sido especialmente SCHOLZ quien ha insistido encarecidamente en el problema ocasionado en las planificaciones, y se refiere con ello a su enfoque macropolítico o a la pretensión de influir en los mecanismos macroeconómicos en la planificación económica, mientras que los controles de los derechos fundamentales se suelen orientar en la intervención individual, es decir, en las medidas de efectividad micropolítica (microeconómica)³⁵⁴. Este dilema ocasiona la sustracción de toda una serie de medidas de planificación a un control de derechos fundamentales eficaz, y ello a pesar de que no se puede negar su relevancia jurídico-constitucional³⁵⁵. Este hecho restringe en gran medida la eficiencia del control de los derechos fundamentales en la planificación. Razón por la cual es imperiosa la profundización teórica fundamental de la problemática de la planificación. Pero, por otro lado, el mencionado criterio de la justicia material y de sistema adquiere en el control de la planificación un significado mucho mayor³⁵⁶.

101. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el control de objetivos en la planificación

En este contexto hay que mencionar la jurisprudencia, un tanto reservada, del Tribunal Constitucional Federal sobre el control de objetivos de la planificación, que ya ha sido citada en otro lugar de este trabajo³⁵⁷. WÜRTEMBERGER se pregunta acertadamente si la fórmula aplicada por el Tribunal Constitucional Federal en relación al control de objetivos de «las razones predominantes del bien común»³⁵⁸, uti-

³⁵⁴ Rupert SCHOLZ, en: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 12, número marginal 394.

³⁵⁵ SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), *ibidem*; *id.*, «Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung», en: Dieter Duwendag (ed.), *Der Staatsektor in der sozialen Marktwirtschaft*, 1976, pp. 128 y ss.

³⁵⁶ También SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), artículo 12, número marginal 394.

³⁵⁷ Cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 694, con más referencias detalladas.

³⁵⁸ BVerfGE, 10, 354 (371); 18, 315 (327).

lizada especialmente en el sector de la planificación financiera, no merma en último término la libertad de actuación en el ámbito económico general, que es la que garantiza la libertad³⁵⁹. En función de la realización de los derechos fundamentales en la planificación parecen especialmente indicados dos puntos de partida ya comentados.

102. *Dos puntos de partida del control de derechos fundamentales en la planificación*

Cuando los derechos fundamentales puedan ser utilizados como escalas de valoración final para las medidas individuales proyectadas y para los objetivos globales, hace HERZOG referencia al doble control. En primer lugar, deberá ser examinada la coincidencia de las medidas individuales de los derechos fundamentales (primer paso). Pero, además, habrá que tener en cuenta otro aspecto de la actualización de derechos fundamentales en el ámbito de la planificación: concretamente habrá que comprobar si la intención general de la planificación que ha de ser controlada está acorde con la imagen que los derechos fundamentales proyectan de la futura sociedad (segundo paso)³⁶⁰. La finalidad del control de objetivos será, según HERZOG, tanto la medida individual como el objetivo global de la planificación.

103

La concepción de lo que son los derechos fundamentales —correctamente entendida— ofrece un segundo criterio importante a tener en cuenta³⁶¹. Su función de esfuerzo jurídico-fundamental³⁶² permite la deducción de principios de configuración de carácter garantista de libertad de una vida social y económica mediante la planificación. En todos los proyectos de mantener un amplio bienestar público, justicia social y equilibrio social, las instancias estatales deberán mantener aquel margen vital necesario para una configuración responsable de la vida y desarrollo de la personalidad³⁶³.

³⁵⁹ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 426; SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), artículo 12, número marginal 394, nota 4, se muestra también crítico.

³⁶⁰ Roman HERZOG, *Regierungsprogramme und Regierungspläne*, 1973, pp. 37, 57 y ss.

³⁶¹ *Vid.* números marginales 88-91. Tomo V, *System der Grundrechte*.

³⁶² Cfr. aquí especialmente DÜRIG (*op. cit.*, n. 305), artículo 1, número marginal 98; artículo 3, números marginales 145 y ss.

³⁶³ WÜRTEMBERGER (*op. cit.*, n. 1), p. 427.

104. *Premisas constitucionales para la planificación financiera*

En este contexto, es necesario hacer una breve referencia a la presunta neutralidad político-financiera de la Ley Fundamental de Bonn. Aunque ésta no incluye ningún complejo regulador expreso sobre una constitución económica y social³⁶⁴, los derechos fundamentales fijan un margen de libertad de la economía que no sería compatible con un ordenamiento económico que resolviese las cuestiones de coordinación de la economía política aplicando un sistema de planificación estatal imperativa o centralista³⁶⁵. Ello supone, para el ámbito de la garantía de la propiedad del artículo 14 de la Ley Fundamental, que un ordenamiento económico estatal preestablecido que centralice todas las decisiones económicas esenciales bajo represión, rechazo, contención de la propiedad privada empresarial y excluya la planificación económica autónoma privada, socava la garantía institucional del artículo 14, párrafo 1.º, inciso 1.º, de la Constitución y atenta a la naturaleza de los derechos de libertad mencionados³⁶⁶. Aquí se plasma manifiestamente el componente institucional de los derechos fundamentales y su carácter como refuerzo de la libertad.

105

Por último, hay que mencionar que la incardinación y el control jurídico-fundamental de las planificaciones que afectan a la esfera ciudadana son menos problemáticos que las estatales indicativas superiores. Consecuentemente, en el ámbito de la planificación urbanística siempre se encuentran referencias al artículo 14 de la Ley Fundamental³⁶⁷. Los controles de inversión y precios atentan a la zona de protección de la libertad del libre ejercicio de una profesión y chocan

³⁶⁴ Sobre las razones y los detalles *vid.* Hans-Jürgen PAPIER, en: Maunz/Dürig. *Komm. z. GG*, artículo 14, números marginales 31 y ss.; *id.*, «Grundgesetz und Wirtschaftsordnung», en: *HdbVerfR*, p. 609; MAUNZ/ZIPPELIUS (*op. cit.*, n. 5), pp. 235 y ss.

³⁶⁵ Hans-Jürgen PAPIER, «Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft», en: *VVDStRL*, 35 (1977), pp. 75 y ss.; *id.*, en: *Komm. z. GG (op. cit.*, n. 364), artículo 14, números marginales 33 y ss.; *id.*, en: *HdbVerfR (op. cit.*, n. 361), pp. 611 y ss.; Rupert SCHOLZ, *Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Fragen zur gesetzlichen Einführung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung*, 1974, pp. 37 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 355), pp. 113 y ss.; Hans-Heinrich RUPP, *Grundgesetz und «Wirtschaftsverfassung»*, 1974, pp. 5 y ss., 22 y ss., 34 y ss.; Wolfgang RUFNER, «Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft», en: *DVBt*, 1976, pp. 689 y ss., 691.

³⁶⁶ PAPIER, en: *Komm. z. GG (op. cit.*, n. 364), artículo 14, número marginal 34; *id.*, en: *HdbVerfR (op. cit.*, n. 364), pp. 614 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 365), pp. 75 y ss. Tomo VI, *Eigentum*.

³⁶⁷ Cfr. también HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 308; Rüdiger BREUER, *Die Boden-nutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie*, 1976, pp. 295 y ss.

muy pronto en el marco del artículo 12 de la Constitución ³⁶⁸. Lo mismo es aplicable a los controles de sueldos en el ámbito regulador del artículo 9, párrafo 3.º, de la Constitución ³⁶⁹.

Así, en el ámbito de la planificación se presentan toda una serie de posibilidades de control desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que eso sí, van disminuyendo en proporción a la generalización y superioridad de las planificaciones.

4. Planificación y garantía de autonomía municipal

106. Tensión entre la planificación estatal y la garantía de autonomía municipal

El punto neurálgico de la relación entre la planificación y el Derecho constitucional es la garantía de autonomía municipal recogida en el artículo 28, párrafo 2.º, de la Constitución ³⁷⁰. Esta estrecha correlación entre la autonomía municipal y la planificación es fruto de la atribución de la soberanía de planificación del municipio a las garantías de autonomía de los municipios ³⁷¹. Esta competencia municipal de planificación ocasiona numerosas colisiones entre la planificación local y superior, ya sea global o material estatal.

La planificación supralocal es cada vez más detallada y requiere una regulación más intensiva. De ello resulta que en esta intersección de los niveles de planificación parece desarrollarse una nueva tendencia que corresponde, más bien, al ya mencionado carácter centralista y al deterioro de competencias de la planificación. Basta mencionar en este lugar el concepto funcional de autonomía ³⁷² y el modelo de compensación ³⁷³. Ambas opiniones doctrinales aceptarían una influencia más amplia de la planificación supralocal en la autonomía municipal que la concedida por la teoría tradicional de las funciones ³⁷⁴.

³⁶⁸ Cfr. también SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), artículo 12, número marginal 399; íd. (*op. cit.*, n. 355), pp. 130 y ss.; Helmut BRÖMMLER, *Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz*, 1980, pp. 29 y ss., 87 y ss., 105 y ss.; Rudolf HENSCHER/Hans BESTERS, *Investitionslenkung in der Marktwirtschaft*, 1976, *passim*.

³⁶⁹ SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), artículo 12, número marginal 400, artículo 9, número marginal 276; íd. (*op. cit.*, n. 355), pp. 126 y ss. Más ejemplos para la relación de los derechos fundamentales y la planificación se encuentran en STERN (*op. cit.*, n. 3), pp. 723 y ss.; especialmente nota 114 y ss.

³⁷⁰ Tomo IV, *Kommunale Selbstverwaltung*.

³⁷¹ Cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 211), números marginales 167 y ss.; extensamente íd. (*op. cit.*, n. 66), pp. 555 y ss.

³⁷² Cfr. Joachim BURMEISTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, 1977; ROTERS (*op. cit.*, n. 327), artículo 28, números marginales 43 y ss.

³⁷³ Willi BLÜMEL, «Gemeinden und kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart», en: *VVDStRL*, 36 (1978), pp. 171 y ss., 265.

³⁷⁴ Cfr. la exposición extensa de HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 171; íd. (*op. cit.*, n. 66), p. 563. Tomo IV, *Kommunale Selbstverwaltung*.

107. *Artículo 28, párrafo 2.º, como criterio limitador de la planificación*

Ya se ha detallado la múltiple interdependencia existente entre la planificación local y supralocal³⁷⁵. Criterio limitador de la planificación para la función de la garantía de autonomía municipal del artículo 28, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental es tanto el deber de participación de los municipios en la planificación de ordenación territorial regional o la planificación por materias³⁷⁶, como la polémica existente en torno a la (in-)admisibilidad de un desarrollo detallado por parcelas en la ordenación territorial central y de los *Länder*³⁷⁷.

También en el sector de la soberanía financiera que se deriva del artículo 28, párrafo 2.º, de la Constitución³⁷⁸ desempeña la garantía de la autonomía una función limitadora de la planificación estatal económica y presupuestaria. Así el artículo 28, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental incluye la obligación del plan estatal económico y presupuestario de garantizar una dotación presupuestaria adecuada de las Corporaciones municipales³⁷⁹. Este artículo prohíbe la nivelación de las economías de los municipios en atención al principio de pluralidad e individualidad municipal incluidos en la garantía de la autonomía municipal³⁸⁰. Teniendo en cuenta que las planificaciones estatales a menudo colisionan con la autonomía municipal, la garantía constitucional del artículo 28, párrafo 2.º, de la Constitución servirá a menudo como límite constitucional a la planificación estatal.

5. *Planificación y principio de Estado federal*108. *Planificación y principio de Estado federal*

El principio de Estado federal es otro de los criterios constitucionales decisivos y de gran utilidad a la hora de «domesticar» la plani-

³⁷⁵ HOPPE (*op. cit.*, n. 21), números marginales 171 y ss.; íd. (*op. cit.*, n. 41), números marginales 72 y ss.; íd., *Das Recht der Raumordnung* (*op. cit.*, n. 328), pp. 329 y ss.; íd. (*op. cit.*, n. 66), pp. 556 y ss.

³⁷⁶ HOPPE, como *op. cit.*, n. 375.

³⁷⁷ Cfr., al respecto, Eberhard SCHMIDT-ABMANN, «Zulässigkeit und Grenzen landesparlamentarischer Bestimmungen für innergebietliche räumliche Gliederung der Gemeinden», en: *Raumforschung und Raumordnung*, 1978, pp. 11 y ss.; íd., «Die Stellung der Gemeinden in der Raumordnung und Landesplanung», en: *VerwArch*, 71 (1980), pp. 117 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 463 y ss.; GROOTERHORST (*op. cit.*, n. 54), pp. 55 y ss.

³⁷⁸ Cfr., al respecto, ROTERS (*op. cit.*, n. 327), artículo 28, número marginal 49.

³⁷⁹ Cfr., por ejemplo, VerfGH Nordrhein-Westfalen, en: *DVB1*, 1985, pp. 685 y ss.; Rolf GRAWERT, «Kommunale Finanzhoheit und Steuerhoheit», en: *FG für Georg-Christoph von Unruh*, 1983, pp. 587 y ss.

³⁸⁰ Cfr. VerfGH Nordrhein-Westfalen, en: *DVB1*, 1985, p. 1306 (1307).

ficación estatal indicativa³⁸¹. El máximo mandamiento de cualquier planificación *Bund-Länder* debe ser el respeto del ordenamiento constitucional federal³⁸². En el Estado moderno del Bienestar, sometido a una planificación intensiva, está apareciendo una tendencia de disolución o desplazamiento de competencias. HERZOG ha denominado acertadamente esta tendencia de desplazamiento de competencias como la «vía en un solo sentido» a favor del *Bund*. Ello resulta, por ejemplo, mediante un vaciado exhaustivo de la competencia legislativa del *Bund*; lo que tendencialmente es también igualmente aplicable en el ámbito de la Administración³⁸³.

Especialmente en el sector de la planificación económica la Federación, aun manteniendo formalmente las competencias de los *Länder*, ha ampliado su influencia mediante una multiplicidad de formas de financiación mixta³⁸⁴. HERZOG ha denominado esta financiación mixta «el caballo de Troya» del Estado federal moderno³⁸⁵. Y hay que tener siempre en cuenta los riesgos que el enjuiciamiento de una planificación *Bund-Länder* conlleva para el Estado federal³⁸⁶.

E. CONTROL JUDICIAL DE LA PLANIFICACION

109. Complejidad del control judicial de la planificación

Siempre se ha considerado al control judicial de la actuación estatal como un atributo esencial del Estado de Derecho. En lógica consecuencia de la complejidad de las formas existentes de la planificación, también se da una multiplicidad de formas de su control judicial, que se debe, principalmente, a las diferentes formas jurídicas de la planificación, pero también a la producción u omisión de efectos frente a terceros³⁸⁷.

³⁸¹ Tomo I, *Kimminich*, § 26.

³⁸² FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), artículo 109, número marginal 24.

³⁸³ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 IV, número marginal 55.

³⁸⁴ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 IV, número marginal 56. Tomo I, HOFMANN, § 7, número marginal 64.

³⁸⁵ HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 IV, número marginal 96.

³⁸⁶ FISCHER-MENSHAUSEN (*op. cit.*, n. 108), recoge amplias referencias bibliográficas en el anexo a sus comentarios del artículo 91a y b; además, STERN (*op. cit.*, n. 3), p. 722, nota 196.

³⁸⁷ Sobre las diferentes posibilidades del control constitucional y administrativo de los planes ya he expuesto con detalle mi postura; cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 664 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 18), pp. 747 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 41), números marginales 281 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 21), números marginales 427 y ss.; *id.*, «Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten», en: Christian Starck/Klaus Stern (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, tomo II, 1983, pp. 257 y ss. En el marco de este trabajo, más bien centrado en los aspectos de la problemática jurídico-material, tan sólo se estudia resumidamente la garantía jurídica. Para un tratamiento en detalle, me remito a los trabajos citados anteriormente. Tomo IV, *Rechtsschutzgarantie*.

I. LA DIFERENCIA ENTRE APERTURA, PAUTAS E INTENSIDAD DE LOS CONTROLES

110. Aspectos sistemáticos del control judicial

Para una mejor sistematización de los problemas jurídicos conviene llevar a cabo una diferenciación clara de los tres criterios importantes del control judicial, a saber: apertura, pautas e intensidad. La apertura del control engloba el control judicial llevado a cabo por el Tribunal Constitucional federal y los Tribunales constitucionales de los *Länder* o Tribunales estatales de los *Länder*, así como de los Tribunales administrativos. Significa que se dan los requisitos para que el Tribunal pueda dictar sentencia en el asunto, es decir, para que pueda dictaminar sobre el litigio aplicando criterios jurídicos. En cuanto a las formas de protección jurídica determinadas la apertura del control dependerá de criterios especiales, así por ejemplo, de la naturaleza jurídica de la medida vulnerada (acto administrativo, norma jurídica) o, en el marco de acciones declaratorias, de la relación jurídica base de la declaración y la necesidad de su protección jurídica (interés de protección jurídica) y, en los litigios intraorgánicos, de la existencia de derechos corporativos. Las pautas de control se refieren a todos aquellos criterios jurídicos que los Tribunales constitucionales o administrativos aplican a la hora de enjuiciar la validez o invalidez de las medidas estatales. Las medidas de control pueden ser de naturaleza tanto jurídico-formal como jurídico-material ³⁸⁸.

111

La intensidad del control indica el alcance y la envergadura de los controles, es decir, la aplicación y utilización de las pautas de control ³⁸⁹.

³⁸⁸ Cfr., por ejemplo, SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 106), p. 12; HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 439 y ss.

³⁸⁹ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 706 y ss.; Fritz OSSENBÜHL, «Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung», en: *FS für Christian-Friedrich Menger*, 1985, pp. 713 y ss.

II. LA APERTURA DEL CONTROL JUDICIAL DE PLANES Y PLANIFICACIÓN

112. *El inicio del control. Dependencia de la naturaleza jurídica de los planes*

El control jurídico-material judicial de los planes exige la existencia previa de las normas procesales correspondientes que permitan el control judicial de cada planificación.

1. *La apertura del control y la naturaleza jurídica de los planes*

113. *Problemas existentes en las formas jurídicas legales no definidas*

Las normas de inicio del control de la protección jurídica apuntan a formas de actuación soberanas muy determinadas que determinarán la vía de impugnación³⁹⁰. La forma jurídica adoptada es, por tanto, decisiva a la hora de calibrar las posibilidades existentes de protección jurídica. El plan puede adoptar todas las formas jurídicas existentes tradicionalmente: ley, reglamento jurídico, estatutos, disposiciones administrativas y acto administrativo³⁹¹. El legislador fija en numerosos supuestos expresamente la forma jurídica³⁹² y de ésta dependerán las acciones que puedan interponerse.

Los problemas surgen cuando no haya sido fijada legalmente la forma jurídica, supuesto que se da con cierta frecuencia, como sucede en el Derecho de ordenación territorial central y de los *Länder*. La inseguridad es la consecuencia directa de este fenómeno³⁹³. Se pueden observar aquí dos opiniones diferentes, pero que ambas conducen a la aplicabilidad del artículo 47, párrafo 1.º, número 2, VwGO decisivo en este caso y, por tanto, para la apertura de controles judiciales³⁹⁴.

También la elección realizada por el legislador de determinadas formas jurídicas de las medidas soberanas puede ocasionar violaciones del

³⁹⁰ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 750; SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 106), p. 7; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), número marginal 232.

³⁹¹ *Vid.* número marginal 14, notas 50-55.

³⁹² *Cfr.*, por ejemplo, § 10 BauGB.

³⁹³ *Cfr.* HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 756 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 41), número marginal 293; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), números marginales 215 y ss.; *vid.* también VOIGT (*op. cit.*, n. 56), pp. 259 y ss.

³⁹⁴ *Cfr.*, por un lado, Eberhard SCHMIDT ABMANN, *Die Fortentwicklung des Rechts im Grenzbereich zwischen Raumordnung und Städtebau*, 1977, p. 77, que interpreta los planes de ordenación territorial como disposiciones administrativas cualificadas y acepta la interpretación extensiva del § 17 VwGO; por otro lado, HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 756 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 41), número marginal 317; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), números marginales 215 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 54), M 500, números marginales 26 y ss., que define los planes de ordenación territorial como reglamento jurídico y acepta sencillamente la aplicación del § 47 VwGO.

sistema. Así el párrafo 3, párrafo 2.º, del Hamburgischen Gesetz über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung (Ley del *Land* de Hamburgo sobre la elaboración de los planes directores de urbanismo y su garantía) del 4 de abril de 1978 (GVBL, p. 89), dictada en desarrollo de la habilitación del párrafo 246, párrafo 2.º, inciso 1.º, BauGB, determina que determinados planes directores de urbanismo adoptarán forma de ley. La aplicación estricta del artículo 47, párrafo 1.º, número 1, VwGO implicaría que estos planes directores no podrían ser sometidos a un control de sus normas³⁹⁵. Una sentencia reciente del Tribunal Constitucional ha rectificado esta discrepancia del control de las normas en que aparecen los planes directores de urbanismo³⁹⁶.

Estos ejemplos muestran la importancia que tiene la elección correcta de la forma jurídica para una posible protección jurídica adecuada frente a las medidas estatales³⁹⁷. Y a pesar de ello, la garantía de protección jurídica recogida en el artículo 19, párrafo 4.º, de la Ley Fundamental no obliga al legislador a escoger aquella forma jurídica que permita al ciudadano la posibilidad de utilizar la vía «óptima» de protección jurídica³⁹⁸.

2. Controles de los Tribunales constitucionales

114. La apertura del control de los Tribunales constitucionales

La determinación de los controles constitucionales de la planificación deberá tener en cuenta que las normas de apertura del control constitucional tan sólo representan un canon limitativo y enumerativo de las posibilidades de control. Y ello es válido tanto en la jurisdicción constitucional del *Bund* como en la de los *Länder*. La protección jurídica constitucional de los actos jurídicos en que se formulan los planes puede fracasar por la inexistencia de su cualidad normativa³⁹⁹, cuan-

³⁹⁵ Willi BLÜMER, «Anmerkung», en: *DVBl*, 1972, p. 122, se expresa críticamente al respecto.

³⁹⁶ BVerfG, en: *DVBl*, 1985, pp. 1126 y ss., con el voto particular de Helmut STEINBERGER, pp. 1129 y ss.; crítico también WOLF-Rüdiger SCHENKE, comentarios a la sentencia mencionada, en: *DVBl*, 1985, pp. 1367 y ss.

³⁹⁷ En el tema del control constitucional, cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 683, y también WOLF-Eüdiger SCHENKE, «Rechtsschutz bei Divergenz von Form und Inhalt staatlichen Verwaltungshandelns», en: *VerwArch*, 72 (1981), pp. 185 y ss.

³⁹⁸ BVerfGE, 31, 364 (368); BVerfG, en: *NVwZ*, 1984, p. 89 (90); BVerfGE, 31, 364 (368); BVerfG, en: *NVwZ*, 1984, p. 84 (90); BVerfG, en: *DVBl*, 1985, p. 1126 (1128); Eberhard SCHMIDT-ARMANN, en: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, artículo 19 IV, número marginal 67; WOLF-Rüdiger SCHENKE, en: *BK*, artículo 19, párrafo 4, números marginales 270, 386 y ss., 426.

³⁹⁹ Cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 673; Konrad REDEKER, «Staatliche Planung im rechtsstaat», en: *JZ*, 1968, pp. 537 y ss.

do las formas de protección jurídicas concretas dependen de determinadas formas jurídicas, como por ejemplo, el control abstracto de normas o el recurso constitucional municipal, según el Derecho del *Bund* o el de los *Länder*, que exige que las medidas vulneradas tengan cualidad jurídico-normativa ⁴⁰⁰.

115

El procedimiento entre los órganos estatales ante el Tribunal Constitucional Federal o los Tribunales constitucionales de los *Länder* es especialmente indicado para el control del cumplimiento de los procedimientos de la planificación. En el marco de este control existirá la posibilidad de someter a un control constitucional toda la problemática, ya relatada en detalle, de la participación del Parlamento en la planificación ⁴⁰¹. El cumplimiento del principio federativo en el ámbito de la planificación también podría someterse a control constitucional en una controversia entre el *Bund* y los *Länder* ⁴⁰².

116. *El recurso constitucional individual contra los actos de aprobación de los planes*

Cabe también, en principio, el recurso constitucional individual contra los actos de aprobación de los planes. Siempre y cuando el plan tenga carácter normativo, la admisibilidad del recurso constitucional requerirá que, junto a la facultad de impugnar, el recurrente correspondiente pueda hacer valer que es el afectado actual e inmediato de la medida soberana impugnada. Este requisito de la afectación propia puede resultar más que problemático, especialmente en el sector de la planificación financiera, ya que aquí las regulaciones, aun siendo a menudo tan sólo actos reflejos, pueden incidir también sobre los derechos fundamentales ⁴⁰³. Las normas de ejecución clásicas han contribuido a desarrollar el requisito de «afectación inmediata». Aquellas leyes afectan con sus normas generales y abstractas a un número indeterminado de casos paralelos pero aislados entre sí. Sin embargo, en el supuesto de la planificación, el ciudadano queda incluido en una concepción general que influye y modifica desde el principio su posición jurídica. En relación con el artículo 19, párrafo 4.º, de la Constitución puede decirse que el requisito de la inmediatez debería de ser

⁴⁰⁰ Cfr. en detalle HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 673; *id.* (*op. cit.*, n. 41), números marginales 365 y ss.

⁴⁰¹ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 674.

⁴⁰² HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 671 y ss.

⁴⁰³ HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 678; *vid.* número marginal 100; SCHOLZ (*op. cit.*, n. 354), artículo 12, número marginal 399; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 177.

flexibilizado en materia de planificación ⁴⁰⁴. El Tribunal Constitucional Federal ha seguido recientemente esta tendencia en relación al plan de urbanismo, reconociendo que este tipo de planeamiento tiene una repercusión directa en los derechos fundamentales ⁴⁰⁵.

117. *Protección jurídica a tiempo*

Finalmente ⁴⁰⁶, quisiera mencionar otro problema importante en la concesión de protección jurídica frente a la planificación, a saber: el momento mismo de esta protección jurídica. Si tan sólo se pueden impugnar medidas de ejecución, el plan que no ha podido ser controlado hasta ese instante ya puede haber creado hechos difícilmente corregibles ⁴⁰⁷.

3. *Controles judiciales administrativos*

118. *La apertura del control por los Tribunales administrativos*

El sistema del control judicial administrativo puede subdividirse en dos grupos:

Una posibilidad del control judicial es el control principal. Es decir, en estos procedimientos, el Tribunal decidirá de forma principal y no incidental sobre la efectividad o ineffectividad misma del plan.

La otra posibilidad se refiere al control incidental, resultado del control de legalidad de la actuación administrativa. La legalidad del plan será tratada como cuestión prejudicial cuando la efectividad jurídica del plan sea decisiva en el litigio ⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 176 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 678 y ss.

⁴⁰⁵ BVerfG, en: DVBl, 1985, p. 1126 (1127), con notas afirmativas de WOLF-Rüdiger SCHENKE, en: DVBl, 1985, p. 1367. El BVerfG no se remite expresamente al artículo 19.4 GG. Winfried BROHM, «Planungs- und Entwicklungsverwaltung am Beispiel "Raum- und Stadtplanung"», en: Dieter Grimm (ed.), *Einführung in das öffentliche Recht*, 1985, p. 153 (179 y ss.), se expresa sobre la cualidad ejecutiva del plan parcial de ordenación.

⁴⁰⁶ Sobre los temas aquí referenciados se encuentran más detalles en HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 671 y ss.; cfr. también VOIGT (*op. cit.*, n. 56), pp. 244 y ss., con amplias referencias sobre las particularidades de la protección jurídica en la planificación en la página 244, nota 1; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), pp. B 160 y ss.; Walter SCHICK, «Kontrolle der Planung durch die Vertausungsgerichtsbarkeit», en: JZ, 1974, p. 470 (474 y ss.).

⁴⁰⁷ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 8), p. B 192; VOIGT (*op. cit.*, n. 56), pp. 148 y ss.; HOPPE (*op. cit.*, n. 16), p. 681; WOLF-Rüdiger SCHENKE, *Rechtsschutz bei normativem Unrecht*, 1979, pp. 54, 86.

⁴⁰⁸ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 755; íd. (*op. cit.*, n. 41), número marginal 364; íd. (*op. cit.*, n. 21), número marginal 429.

119. *Control principal*

El artículo 7 VwGO regula el control normativo principal para determinadas normas jurídicas de rango inferior a la ley formal. El supuesto más importante de la planificación es el control de estatutos de la Ley del suelo y ordenación urbana, según el artículo 47, párrafo 1.º, número 1, VwGO⁴⁰⁹. A las restantes normas de rango inferior a la ley se les aplicará el artículo 47, párrafo 1.º, número 2, VwGO, una vía que, sin embargo, no existe en todos los *Länder*⁴¹⁰. Los planes de ordenación territorial de los *Länder* son los planes estatales-indicativos que podrían incluir esta protección jurídica; pero no es éste el lugar para exponer en detalle las controversias existentes al respecto⁴¹¹. Cuando la segunda vía no se dé, habrá que aplicar el artículo 19, párrafo 4.º, de la Ley Fundamental, a fin de garantizar una protección jurídica efectiva y cerrar el vacío jurídico creado⁴¹². No obstante, personalmente propugno la acción declarativa recogida en el párrafo 43 VwGO. En los supuestos en los que los planes hayan adoptado la forma de acto administrativo podrán utilizarse, para un control judicial del artículo 42, párrafos 1.º y 2.º, VwGO, las acciones de anulación y de condena positiva contra la Administración⁴¹³.

Finalmente hay que mencionar asimismo las posibilidades existentes de una protección jurídica preventiva en la fase de elaboración de determinados planes⁴¹⁴.

120. *Control incidental*

El control de la validez del plan no es, en este caso, el objeto inmediato del control judicial. Es decir, que se determinará la legitimidad de un plan en el marco del control de legitimidad de un acto administrativo o de una relación jurídica basadas, a su vez, en el plan. La apertura del control la determinarán las posibilidades de control

⁴⁰⁹ En detalle sobre este tema, HOPPE (*op. cit.*, n. 21), números marginales 430 y ss.; Stefan PAETOW, «Erfahrungen mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - Eine Zwischenbilanz», en: *NVwZ*, 1985, pp. 309 y ss.; Bernhard STÜER, «Erfahrungen mit der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - Eine Zwischenbilanz», en: *DVBl*, 1984, pp. 469 y ss.

⁴¹⁰ Sobre las regulaciones de los *Länder* *vid.* HOPPE (*op. cit.*, n. 18), p. 756, *op. cit.*, n. 53.

⁴¹¹ Cfr. sólo HOPPE (*op. cit.*, n. 41), números marginales 313 y ss.; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 54), M 500, números marginales 1 y ss.; Clemens WEIDEMANN, *Gerichtlicher Rechtsschutz der Gemeinden gegen regionale Raumordnungspläne*, 1984, *passim*.

⁴¹² Cfr. Clemens WEIDEMANN, «Regionale Raumordnungspläne als Gegenstand der verwaltungsrechtlichen Normenkontrolle», en: *DVBl*, 1984, pp. 767 y ss. (769).

⁴¹³ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 763 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 41), números marginales 406 y ss.; *id.*/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 110 y ss., recogen en detalle las opiniones críticas.

⁴¹⁴ Concretamente en HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 768 y ss.

existentes frente al acto individual o la relación jurídica basada en el plan. Más concretamente, las normas que permiten la apertura de un control judicial incidental se refieren a las acciones aplicables genéricamente al control de las relaciones jurídicas: la acción de anulación, la acción de condena positiva contra la Administración, la acción declarativa y la acción para que se condene a la Administración a realizar una determinada actividad. El procedimiento entre órganos estatales también podrá desembocar en el control incidental en el ámbito de las relaciones jurídicas intrapersonales ⁴¹⁵.

III. CRITERIOS PARA EL CONTROL DE LOS PLANES

121. *Cánones de control*

Para el control judicial de la planificación será decisivo, respectivamente, el Derecho ordinario del *Bund* y de los *Länder* aplicable a cada planificación, tanto para el control de legalidad formal como material. No obstante, habrá que tener en cuenta toda una serie de premisas constitucionales ya mencionadas en este trabajo ⁴¹⁶.

Estos cánones de control tienen un carácter muy específico debido a la libertad configurativa concedida a la Administración responsable de la planificación. El término «libertad configurativa de planificación» viene a significar que la autoridad dispone de una «discrecionalidad planificadora» a la hora de elaborar un plan como instrumento de actuación. Este queda, en parte, jurídicamente indeterminado, es decir, que ni su estructura ni sus requisitos estarán sometidos a tantas limitaciones como la discrecionalidad administrativa tradicional ⁴¹⁷. La estructura tan variada de las normas del Derecho de planificación justifican esta amplitud. Así, mientras las demás normas jurídicas atribuyen una consecuencia jurídica determinada a un hecho jurídico, es decir, tienen un carácter condicional, las normas del plan presentan una estructura final; fijan objetivos (elemento final) y regulan los medios (elemento instrumental) para alcanzar estos objetivos ⁴¹⁸.

⁴¹⁵ HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 770 y ss.; *id.*, «Die Regelung der verwaltungsgerichtlichen Organstreitigkeiten - Eine Aufgabe des Gesetzgebers», en: *NJW*, 1980, pp. 1017 y ss.

⁴¹⁶ *Vid.* números marginales 74 y ss.

⁴¹⁷ Explícitamente HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 312a; *id.*/SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 148 y ss.; Felix WEYREUTHER, «Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts», en: *BauR*, 1977, pp. 293, 295, 303; *vid.* también SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, n. 398), artículo 19 IV, números marginales 208 y ss., que, sin embargo, se refiere a la discrecionalidad de la planificación.

⁴¹⁸ HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 196; ERBGUTH (*op. cit.*, n. 88), números marginales 230 y ss.; KRAUTZBERGER (*op. cit.*, n. 336), § 1, números marginales 88 y ss.

122

Esta estructura conlleva para las normas de planificación un mayor número de posibilidades de resoluciones admisibles y con mayor configuración de futuro aplicando ampliamente procedimientos prospectivos. Estas especialidades de estructura legal encuentran su reflejo en los cánones de control específicos de la planificación y, por tanto, también en el número de controles judiciales. Los cánones de control jurídico-materiales han sido desarrollados fundamentalmente —como ya se ha indicado con anterioridad— por una teoría actualmente muy diferenciada de vicios en la ponderación partiendo del mandato central y constitucional de ponderación⁴¹⁹. Frente a ello, el Tribunal Administrativo Federal atribuye los diferentes elementos del procedimiento de ponderación a la tipología tradicional administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad (parágrafo 114 VwGO)⁴²⁰.

IV. LA INTENSIDAD DE CONTROLES DE LOS PLANES

123. Control del procedimiento de planificación

Basándose en las especialidades relatadas del fenómeno de la planificación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha elaborado una serie de principios fijos para la determinación de las pautas y la intensidad del control de ésta⁴²¹.

En contraposición, los vicios de procedimiento están sometidos a un control judicial total. Las consecuencias de las irregularidades habrán de regirse por los principios aplicables a las formas de planificaciones correspondientes o, en su caso, por los contenidos en las leyes específicas⁴²². El control del procedimiento desempeña un papel importante en el control de la planificación a causa de las limitaciones impuestas al control de contenido por la existencia de la libertad de configuración de la planificación ya mencionada⁴²³.

⁴¹⁹ Cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 288; íd. (*op. cit.*, n. 41), números marginales 497 y ss.; SCHMIDT-ARMANN (*op. cit.*, n. 398), artículo 19 IV, números marginales 213 y ss.; *vid.* número marginal 116.

⁴²⁰ Cfr. básicamente BVerwGE, 34, 309 y ss.

⁴²¹ HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 312a; íd. (*op. cit.*, n. 41), números marginales 440 y ss.; íd./SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 42), números marginales 173 y ss.; recoge la controversia con la jurisprudencia del BVerwG; SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 106), pp. 12 y ss., incluye un esquema muy instructivo.

⁴²² Cfr. HOPPE (*op. cit.*, n. 21), números marginales 438 y ss., en relación a los planes parciales de ordenación.

⁴²³ SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 106), pp. 12 y ss.

124. *Controles de contenido*

Los principios que sigue la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal para el control de contenido de la planificación son los siguientes: teniendo en cuenta que la planificación no incluye directamente su propia justificación, habrá que comprobar si ésta estaba justificada o si era efectivamente necesaria ⁴²⁴. El carácter necesario ya se dará cuando la medida sea razonablemente conveniente ⁴²⁵.

125. *De nuevo sobre el control judicial y la libertad de configuración de la planificación*

Con el marco de las categorías tradicionales del Derecho administrativo el Tribunal Administrativo Federal concede diferente envergadura a los cánones de control en la ponderación. Estos se pueden clasificar en un procedimiento de instrucción y de declaración, de valoración y en la ponderación en sí misma ⁴²⁶. Así pues, valorará los objetivos y las líneas maestras de las planificaciones, por ejemplo, del párrafo 1, párrafo 5.º, BauGB como conceptos legales indeterminados que estarán sometidos a un control judicial ilimitado tanto en el control de la ponderación como en su interpretación y aplicación.

La compilación del material de ponderación mencionada en el artículo 1, párrafo 6.º, BauGB se entiende como una subsunción de los hechos ante normas jurídicas, es decir, la restricción de los aspectos que serían esenciales en la ponderación, así como la decisión de las circunstancias que concretamente podrán ser subsumidas bajo ese concepto. La libertad de configuración, es decir, la «discrecionalidad de la planificación» se asimila a la discrecionalidad administrativa. El canon de control será el párrafo 114 VwGO ⁴²⁷.

No obstante, he de anotar que, en mi opinión, no se tienen en cuenta suficientemente las especialidades de las normas de planificación, dado que éstas no se pueden valorar como un procedimiento de subsunción controlable. Se trata, más bien, de un procedimiento complejo de elaboración de información, selección y desarrollo, de la fijación de objetivos y revisión, así como de la elección de los instrumentos y

⁴²⁴ HOPPE (*op. cit.*, n. 41), número marginal 461, en la nota 45 se encuentran amplias referencias sobre la jurisprudencia del BVerwG; últimamente BVerwG, en: *DVBl*, 1985, pp. 900 y ss.; de forma extensa también Norbert NIEHUES, «Das Erfordernis der "Planrechtfertigung" als Instrument des verfassungsrechtlichen Eigentumschutzes», artículo 14, Abs. 3, S. 1 GG, en: *Wi-Verw*, 1985, pp. 250 y ss.

⁴²⁵ Así el BVerwG, en: *DVBl*, 1985, p. 900 (901).

⁴²⁶ Explícitamente HOPPE (*op. cit.*, n. 21), números marginales 284 y ss.; *id.* (*op. cit.*, n. 41), números marginales 440 y ss.

⁴²⁷ Explícitamente HOPPE (*op. cit.*, n. 21), número marginal 312a.

su combinación para la realización de los objetivos. Los intereses y bases fundamentales de la planificación que han de ponderarse no han de entenderse como elementos típicos que condicionan una consecuencia jurídica, sino, en realidad, como directivas del procedimiento de planificación. Esta no es el fruto de la discrecionalidad administrativa definida por el artículo 114 VwGO, sino de una ponderación realizada en el marco de una libertad de configuración de la planificación, que se caracteriza por la amplitud de determinación autónoma y la falta de determinación heterónoma ⁴²⁸.

Por último, quisiera indicar que también en el ámbito del control constitucional específico de la planificación se dan determinadas especialidades que afectan especialmente al ámbito conflictivo de la política y de la jurisdicción constitucional ⁴²⁹.

F. GARANTIA DEL PLAN

126. Concepto y significado de la garantía del plan

Con el concepto de garantía del plan nos referimos aquí, en un sentido amplio, a un instituto jurídico que engloba toda una serie de modalidades muy diversas de pretensiones e instrumentos de garantía ⁴³⁰. En este sentido, la garantía del plan regula la distribución del riesgo que conlleva el plan soberano, entre el planificador y los destinatarios de éste ⁴³¹. Los destinatarios son tanto los ciudadanos como los municipios, por ejemplo, en el Derecho de ordenación territorial central y de los *Länder* ⁴³².

La naturaleza misma del plan obliga a exigir derechos de su garantía; por un lado, la planificación debe dirigir e influir el comportamiento de los ciudadanos induciéndolos a disposiciones determinadas; pero, por otro, debe conllevar, como requisito práctico para la consecución misma de su éxito, la posibilidad de modificación del plan ⁴³³.

⁴²⁸ Explícitamente HOPPE (*op. cit.*, n. 18), pp. 776 y ss.; íd. (*op. cit.*, n. 21), número marginal 312a; afirmando SCHLARMANN (*op. cit.*, n. 106), pp. 12 y ss.; SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, n. 398), artículo 19 IV, número marginal 212; en cambio Rüdiger RUBEL, *Planungsermessen*, 1982, *passim*, defiende un concepto amplio de discrecionalidad como consecuencia del § 114 VwGO.

⁴²⁹ Extensamente HOPPE (*op. cit.*, n. 16), pp. 706 y ss.

⁴³⁰ Fritz OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 1983, p. 184; en parte se definen con este concepto los derechos de indemnización creados en una modificación de un plan, cfr. ERICHSEN/MARTENS (*op. cit.*, n. 56), p. 276; asimismo MAURER (*op. cit.*, n. 14), § 16, números marginales 26 y ss.

⁴³¹ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 26; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 430), p. 189.

⁴³² Sobre este último aspecto Christoph DEGENHART, «Dispositionschutz im Recht der Raumplanung», en: *DVBt*, 1980, p. 660 (662), y Alfred HUFNAGEL, «Gewährleistung bei der Änderung raumordnerischer Planung», en: *BayVBl*, 1980, pp. 166 y ss.

⁴³³ VON SIMSON (*op. cit.*, n. 344), p. 420; OSSENBUHL (*op. cit.*, n. 430), p. 183.

En la planificación imperativa se prevén generalmente regulaciones que atribuyen al sector público los riesgos de alteración del plan. Estas disposiciones sobre las indemnizaciones se encuentran, por regla general, en las leyes correspondientes⁴³⁴. Sirvan aquí, como ejemplo, las regulaciones de los perjuicios causados por un plan recogidas en los artículos 39 y siguientes BauGB.

Más problemática se presenta la situación de los planes indicativos que deben de actuar de forma estimulante en el ámbito social, con objeto de que el ciudadano lleve a cabo disposiciones arriesgadas⁴³⁵. Aquí se han discutido los modelos más variados para encontrar una solución aceptable para este grupo. El problema fundamental radica en la fundamentación y configuración de los presupuestos de hecho para este derecho, así como en la elaboración de las consecuencias jurídicas⁴³⁶. No es éste el lugar para exponer la discusión de *lege data* y de *lege ferenda*, plenamente en vigor actualmente⁴³⁷. Más bien, se expondrán brevemente las modalidades de pretensiones existentes en la legislación vigente.

I. EL DERECHO AL MANTENIMIENTO DEL PLAN

128. Protección de los derechos subjetivos creados por los planes

El derecho más amplio de la garantía del plan es, sin duda, la pretensión a su mantenimiento y su configuración⁴³⁸. Se trata, fundamentalmente, de la protección de los derechos subjetivos públicos creados por el plan⁴³⁹. Sin embargo, este derecho no puede reconocerse, lógicamente, de esta forma tan genérica, ya que se estaría concediendo primacía al interés de la buena fe del sujeto individual frente al interés público de introducir modificaciones, imposibilitando con ello la realización oportuna de la planificación en su conjunto⁴⁴⁰. Razón por la cual, tan sólo podrán ser aplicables las regulaciones generales sobre la protección de la buena fe que impliquen la ponderación de los intereses afectados⁴⁴¹. La forma de la protección de confianza dependerá,

⁴³⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), p. 186.

⁴³⁵ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 26; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), p. 186.

⁴³⁶ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), pp. 186 y ss., ofrece un detallado esquema sobre el tema.

⁴³⁷ Cfr. nuevamente OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), pp. 186 y ss.

⁴³⁸ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), p. 184.

⁴³⁹ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 28.

⁴⁴⁰ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 28.

⁴⁴¹ En general, HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VII, número marginal 64; SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, números marginales 23 y ss.

en último término, de la forma jurídica de la actuación estatal afectada.

Una vez que se haya determinado si el plan es una ley o un reglamento, se aplicarán los principios elaborados por el Tribunal Constitucional Federal sobre la retroactividad de las leyes en sentido propio o impropio⁴⁴². Si un plan ha sido dictado como acto administrativo, tan sólo podrá ser modificado o anulado de acuerdo a las regulaciones de revocación⁴⁴³. Si ha sido dictado, en cambio, en forma de disposición administrativa, entonces estará sometido a la autovinculación de la Administración⁴⁴⁴.

II. PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL PLAN

129. Protección frente a actuaciones que vulneren el plan

La pretensión del cumplimiento del plan se rige por el seguimiento y ejecución del plan y, por tanto, en contra de una actuación administrativa que vulnere el plan. Aunque hay que distinguir claramente entre el seguimiento y la ejecución del plan: así, las autoridades deberán seguir los planes jurídico-vinculantes, pero no necesariamente deberán ejecutarlos o realizarlos; así, los municipios no pueden estar obligados a ejecutar inmediatamente el plan urbanístico. Pero, incluso en el caso de aceptación de esta obligación de ejecución, queda por aclarar la pretensión correspondiente del ciudadano. Esta presupone la existencia de un derecho subjetivo-público previo que, a menudo, no se dará⁴⁴⁵.

130

Este problema adquiere actualidad, por ejemplo, en la dispensa (art. 31, párrafo BauGB) prevista en el Derecho urbanístico. Aquí se plantea si un vecino puede impugnar una licencia de obra ilegal bajo dispensa de un plan urbanístico existente. Pero esta acción tan sólo podrá tener éxito si 1) la concesión de la dispensa ha sido objetivamente ilegal y si 2) la dispensa afectaba a una disposición de Derecho urbanístico de protección vecinal y, por tanto, creadora de derechos subjetivos. La pretensión del cumplimiento de un plan se manifestaría en este sistema como derecho frente a los titulares públicos de la planifi-

⁴⁴² MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 28; OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), pp. 184 y ss.; sobre los principios de la retroactividad, *vid.* BVerfGE, 13, 261 (270 y ss.) y 14, 288 (297 y ss.); referencias en HERZOG (*op. cit.*, n. 14), artículo 20 VII, números marginales 65 y ss.; SCHNAPP (*op. cit.*, n. 211), artículo 20, número marginal 25.

⁴⁴³ Cfr. §§ 18, 19 VwVfG.

⁴⁴⁴ OSSENBÜHL (*op. cit.*, n. 430), pp. 185 y ss.

⁴⁴⁵ Cfr., en general, MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 29.

cación, para que éstos cumplan con el plan elaborado por ellos mismos ⁴⁴⁶.

III. LA PRETENSIÓN DE QUE SE DICTEN REGULACIONES TRANSITORIAS Y DE ADAPTACIÓN

131. *Evitación de los derechos de indemnización por daños y perjuicios*

En este supuesto, la modificación o anulación de un plan implicaría la demanda de disposiciones transitorias y de adaptación para todos aquellos que se hayan visto afectados por el plan y, especialmente, para los que hayan sufrido pérdidas patrimoniales. Con ello se lograría una transición «suave» a la situación creada por el plan nuevo. Esta pretensión genérica de unas disposiciones transitorias ha sido rechazada unánimemente ⁴⁴⁷. Pero en algunos casos será el planificador mismo el que tendrá interés en regular disposiciones transitorias y ayudas de adaptación para evitar, así, los derechos de indemnización por daños y perjuicios creados por la modificación del plan.

IV. DERECHOS DE INDEMNIZACIÓN

132. *Derechos de indemnización reconocidos dentro de las medidas de garantía del plan*

De acuerdo a la exposición precedente, está claro que, a menudo, no surgirán esos derechos a la garantía del plan que evitarían toda una serie de perjuicios. Razón por la cual, los derechos de indemnización por daños y perjuicios desempeñan en los supuestos de modificación e incumplimiento de los planes un papel bastante importante. Lo que significa, en resumidas cuentas, que la garantía del plan se reduce terminológicamente a estos derechos. Pero, generalmente, aquí tampoco hay ningún fundamento específico para estas pretensiones. Serán las regulaciones y principios generales sobre las prestaciones compensatorias del Estado las que resuelvan los problemas de indemnización por daños y perjuicios ⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ En este problema cfr., por un lado, Konrad REDEKER, «Von der Nachbarklage zum Planbefolgungsanspruch», en: *DVBl*, 1968, p. 7 (8); se manifiesta contrario, Werner HOPPE, «Nachbarklage - Plangewährleistungsanspruch - Planbefolgungsanspruch», en: *DVBl*, 1979, pp. 69, 246; para el ámbito de la planificación financiera, cfr. Jürgen EGERER, *Der Plangewährleistungsanspruch*, 1977, pp. 111 y ss.

⁴⁴⁷ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 30; Martin OLDIGES, *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, 1970, pp. 229 y ss.

⁴⁴⁸ MAURER (*op. cit.*, n. 15), § 16, número marginal 31. Tomo VI, *Staatshaftung*.

G. BIBLIOGRAFIA

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Planung zwischen Regierung und Parlament, der Staat 11*, 1972, pp. 429 y ss.
- BRÜNNER, Christian: *Politische Planung im parlamentarischen Regierungssystem*, Viena, Nueva York, 1978.
- DOBIEY, Burkhard: *Die politische Planung als verfassungsrechtliches Problem zwischen Bundesregierung und Bundestag*, Diss, Bonn, 1975.
- ERNST, Werner/HOPPE, Werner: *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht*, 1981.
- FROTSCHER, Werner: «Politische Planung zwischen Regierung und Parlament», en *Die Verwaltung*, 12, 1979, pp. 370 y ss.
- GAA, Lothar: *Planung als neue Funktion des Parlaments*, 1983.
- HARNISCHFEGER, Horst: *Planung in der sozialistischen Demokratie*, 1969.
- HOPPE, Werner: «Gerichtliche Kontrollrechte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen», en *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978.
- «Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle», en *FG-BVerfG*, I, pp. 663 y ss.
- «Planung und Pläne in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle», en *FS für Christian-Friedrich Menger*, 1985, pp. 747 y ss.
- HOPPE, Werner/MENKE, Rainard: *Das Raumordnungsrecht des Bundes und des Landes Rheinland-Pfalz —RuL—*, 1986.
- HOPPE, Werner/SCHLARMANN, Hans: *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, 1981.
- HOPPE, Werner/RENGELING, Hans-Werner: *Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform*, 1973.
- KAISER, Joseph H. (ed.): *Planung I-VI*, 1965-1972.
- OLDIGES, Martin: *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, 1970.
- OSSENBÜHL, Fritz: «Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung?», *Gutachten B zum 50. DJT*, 1974, *Regierungsprogramme und Regierungspläne*, 1973.
- RITTER, Ernst Hasso: «Theorie und Praxis parlamentarischer Planungsbeteiligung», en *Der Staat*, 19, 1980, pp. 413 y ss.
- SCHMIDT-ÄßMANN, Eberhard: «Planung unter dem Grundgesetz», en *DÖV*, 1974, pp. 541 y ss.
- SCHMITT GLAESER, Walter: «Planung und Grundrechte», en *DÖV*, 1980, pp. 1 y ss.
- SCHRÖDER, Meinhard: *Planung auf staatlicher Ebene*, 1974.
- VITZTHUM, Wolfgang Graf: *Parlament und Planung*, 1978.
- VOIGT, Roland: *Die Rechtsform staatlicher Pläne*, 1979.
- WÜRTENBERGER, Thomas: *Staatsrechtliche Probleme politischer Planung*, 1979.

