

La legitimación de la Administración como concepto jurídico

SUMARIO: A. SOBRE LA POSICION DE LA TEMATICA DE LA LEGITIMACION EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. I. La legitimación de la Administración entre las ideas de libertad como derecho fundamental y libertad democrática. II. La significación de las decisiones constitucionales en favor de la Democracia y el Estado de Derecho. 1. Decisiones estructurales de la Constitución. 2. Grados de eficacia. *a)* Estado de Derecho como principio constitucional. *b)* Democracia como principio constitucional. 3. Planteamiento del problema. B. LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL ARTICULO 20.2 GG. I. Las actuaciones necesitadas de legitimación: «el poder estatal». 1. Actos del poder estatal alemán. 2. Formas de actuación del poder estatal. 3. Formas de organización del poder estatal. *a)* Organos administrativos típicos. *b)* Organizaciones Administrativas Autónomas y otras formas de cooperación. *c)* Organizaciones de Derecho privado. II. El Sujeto legitimador: «Pueblo». 1. Globalidad constituida. 2. Generalidad indeterminada. 3. Nacionalidad. III. Los modos de legitimación: elecciones y votaciones. 1. Elecciones. 2. Votaciones. IV. Los sistemas de legitimación de la Administración. 1. Sobre la estructura del sistema. 2. Legitimación objetivo-material. *a)* Legitimación centrada en el Parlamento. *b)* Administración autónoma local. 3. Legitimación personal. *a)* Supuesto fundamental: designación. *b)* Precauciones para una vinculación duradera. 4. Legitimación institucional y funcional. *a)* Aplicación de la ley, no mera ejecución. *b)* Capacidad de actuación administrativa. V. La efectividad del sistema de legitimación. 1. Nivel de legitimación. 2. Posibilidades y límites de la compensación. C. EL PROBLEMA DE OTROS TIPOS DE LEGITIMACION. I. Otros modos de legitimación: aceptación. II. Otros sujetos de legitimación: participación. 1. Sobre la tipología de la «afectación». 2. La significación de formas de participación menos intensas. 3. Legitimación y (co-)decisión de los afectados. III. Legitimación autónoma de los poderes sociales constituidos en forma estatal. 1. Legitimación corporativa. *a)* Administración autónoma local. *b)* Administración autónoma funcional en relación a los derechos fundamentales. *c)* Administración autónoma institucional-funcional. 2. Otros fundamentos de legitimación autónoma. *a)* Supuestos de inexistencia. *b)* Formas de cooperación específica.

A. SOBRE LA POSICION DE LA TEMATICA DE LA LEGITIMACION EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La legitimación de la Administración como concepto jurídico se refiere a la *justificación* del poder ejercido en las formas de actividad y organización de la Administración pública. Como parte de la cuestión elemental sobre la legitimidad del poder público, el concepto de legitimación de la Administración surge de la profundidad de las experiencias históricas y de la amplitud de las líneas de investigación multidisciplinarias, que se reúnen en este tema central de discusión de la Teoría del Estado¹. Las relaciones con la Historia de las Ideas Políticas y el amplio abanico de las disciplinas científicas afectadas no pueden desaparecer para el concepto jurídico. Ellas le confieren siempre nuevos impulsos y lo mantienen capaz de recibir desarrollos y evoluciones, cuya adopción se propone a los conceptos fundamentales jurídico-estatales.

A causa de esta cercanía a otras fuentes de conocimiento y otras disciplinas científicas debe naturalmente resaltarse lo *específico* del concepto jurídico. Los trabajos sobre legitimación sufren a menudo de una insuficiente diferenciación de los intereses de conocimiento de las diversas disciplinas científicas, y de una demasiado rápida unificación de las distintas esferas de significación determinadas por las diversas aproximaciones. Legitimación de la Administración como concepto jurídico se refiere a la cuestión *normativa* sobre la justificación, no a la cuestión de las ciencias sociales sobre la aceptación del poder administrativo²; por tanto, se trata de una respuesta *jurídico-normativa* a la cuestión de la justificación, que no puede derivarse de una consideración inmediata de los contenidos ideales de los conceptos fundamentales de la Teoría del Estado, sino de la observación de un concreto ordenamiento constitucional, el cual, en nuestro caso, está en la Ley Fundamental³.

¹ Sobre ello, y con más indicaciones bibliográficas, WÜRTEMBERGER, artículo «Legitimität, Legalität», en CONZE y KOSELLECK (eds.): *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, 1982, pp. 677 y ss.; HOFFMANN: *Legitimität und Rechtsgeltung*, 1977, esta misma obra (pp. 677 y ss.) se refiere a la diferenciación conceptual entre *Legitimität* como propiedad del poder y *Legitimación* como proceso de su consecución.

² Sobre la diferenciación entre las concepciones jurídica y social de la legitimación, ZIPPELIUS: *ARSP Beih.* 15 (1981), pp. 84 y ss.

³ HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 17.ª ed., 1990, p. 50; igualmente STERN: *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, 2.ª ed., 1984, p. 589.

I. LA LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN ENTRE LAS IDEAS DE LIBERTAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL (*GRUNDRECHTLICHE FREIHEIT*) Y LIBERTAD DEMOCRÁTICA

Para el Derecho administrativo constitucional la legitimación es de una importancia central equiparable al sometimiento de la Administración pública a Derecho: si en el último caso se trata del anclaje de la actividad administrativa en el Derecho, el primero se dirige a la justificación interna de las decisiones de voluntad que determinan la citada actividad. Junto a la idea de libertad como derecho fundamental (*grundrechtliche Freiheit*) a la garantía de la cual hasta ahora se ha dedicado con provecho una dogmática jurídico-administrativa determinada esencialmente de forma individual, aparece ahora la idea de libertad democrática, de formación común de la voluntad y garantía de la participación⁴. El, siempre necesitado de nueva determinación, puente entre libertad como derecho fundamental (*grundrechtliche Freiheit*) y libertad democrática⁵, es el marco teórico de un orden de legitimación para la Administración pública compuesto de plurales elementos. En este marco el sistema global del Derecho administrativo cobra, más allá de la dirección tradicional centrada en la actividad jurídica, una perspectiva jurídico-organizativa. La organización administrativa aparece en pie de igualdad con el Derecho de las formas de actividad⁶; y el Derecho del procedimiento administrativo, reuniendo ambos ámbitos del sistema, recibe junto a su función de protección de derechos también funciones legitimadoras⁷.

Tras ambas perspectivas, tras el sometimiento al Derecho y la legitimación de la Administración pública, se encuentran las grandes decisiones estructurales de la Constitución en favor del Principio de Estado de Derecho y de la Democracia, los cuales —naturalmente en intensidad distinta— están presentes en ambas. Siendo conscientes de la simplificación que ello representa, y tomando por ello las cautelas necesarias, la cuestión de la Legitimación puede situarse más claramente en el ámbito del principio democrático, en tanto que el tema de la vinculación de la Administración al Derecho correspondería especialmen-

⁴ Fundamental para la diferenciación entre las ideas de libertad STARCK, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts* (en adelante *HSiR*), vol. 2, 1987, § 29.

⁵ BÖCKENFÖRDE: «Demokratie als Verfassungsprinzip», *HSiR*, vol. 1, 1987, § 22, Rn. 35 y ss.; SCHMITT GLAESER: «Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung», *HSiR*, vol. 2, § 31.

⁶ Sobre la significación del derecho de la organización para la construcción del sistema cfr. SCHNAPP: *AöR*, vol. 105 (1980), pp. 243 y ss.; KREBS: «Verwaltungsorganisation», *HSiR*, vol. 3, § 68, Rn. 73 y ss.; últimamente, DREIER: *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991.

⁷ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN: «Verwaltungsverfahren», *HSiR*, vol. 3, § 70, Rn. 23 y ss.

te al Principio de Estado de Derecho. Entre ambos existen naturalmente zonas dominadas en común por los dos principios e incontables líneas de interrelación. En conjunto se muestra aquí un determinado «paralelismo de las concepciones sistemáticas» (*Systemgedanken*), que puede también verse en la construcción del propio artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante GG), en tanto que éste hace seguir a la fijación de los principios fundamentales comunes en el primer párrafo, las dos plasmaciones más importantes de la idea de libertad como derecho fundamental (*grundrechtliche Freiheit*) y como idea democrática: los dogmas de la legitimación democrática (párrafo 2) y de la vinculación al Derecho (párrafo 3), como las dos columnas fundamentales de un Derecho administrativo constitucional. Entre ambos dogmas se encuentra un ámbito de instituciones comunes, sobre todo la función de la ley parlamentaria, fundamentada tanto en el Estado de Derecho como en la Democracia⁸. Tras ambos las decisiones constitucionales estructurales en favor del Estado de Derecho y la Democracia permanecen útiles y efectivas en sí mismas: tal como la vinculación de la Administración al Derecho no agota, a pesar de su importante significación, las consecuencias del Principio de Estado de Derecho en el ámbito del Derecho administrativo⁹, deberá examinarse en qué medida la legitimación democrática, sin perjuicio de su posición central en el orden de legitimación jurídico-administrativo, no debe ser complementada a través de otras formas de legitimación.

Si las ideas de libertad democrática y libertad como derecho fundamental individual (*grundrechtliche Freiheit*) son el marco correspondiente a la Teoría del Estado en que debe moverse la cuestión de la legitimación de la Administración, entonces el Principio de Estado de Derecho y el Principio democrático aparecen como la base dogmática del orden de legitimación de la Ley Fundamental. El desenvolvimiento de este orden exige en consecuencia la comprensión de ambos principios en sus características propias y en su complementariedad¹⁰. No es éste un trabajo fácil para el Derecho administrativo, pues si bien a él se ha confiado tradicionalmente el estudio de los elementos de garantía del Estado de Derecho, sus experiencias en el ámbito del principio democrático, correspondiente hasta hoy esencialmente al Derecho constitucional, tienen una mucho menor tradición. Con todo, el citado paralelismo de las concepciones sistemáticas puede llevarnos a determinados planteamientos semejantes.

⁸ Fundamental en este sentido en los últimos años SCHULZE-FIELITZ: *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*.

⁹ BADURA: *Staatsrecht*, 1986, pp. 204 y ss.; KUNIG: *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, pp. 309 y ss.

¹⁰ Sobre ello BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 82 y ss.

II. LA SIGNIFICACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES EN FAVOR DE LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

1. Decisiones estructurales de la Constitución

Democracia y Estado de Derecho son *decisiones estructurales de la Constitución*, dentro del Ordenamiento Fundamental. Su función es la conformación de la vida política y social. En esta función común se diferencian de otras decisiones constitucionales que, como el Principio de Estado Social, formulan fines del Estado. Estado de Derecho y Democracia no prescriben determinadas misiones a la actividad estatal, sino que la atraviesan en todos sus ámbitos. Impregnan su elaboración tanto como su aplicación y, al mismo tiempo, le confieren una cualidad material. «Los principios estructurales poseen tanto un contenido institucional organizatorio como otro de garantía de determinado orden material»¹¹. No son exclusivamente decisiones formales, pero sí decisiones conformadoras (*Formungsentscheidungen*).

La específica cualidad como decisión estructural de la Constitución del principio de Estado de Derecho, que se plasma en la configuración de garantías formales y materiales, ha sido reconocida desde hace tiempo¹². La misma cualidad como decisión configuradora (*Formungsentscheidung*) posee, sin embargo, la decisión constitucional en favor de la democracia. Por tanto, no se abarca la totalidad del concepto cuando se califica a la democracia como formal y materialmente abierta¹³. Formas, procedimientos, competencias y contexto de la decisión determinan siempre también su contenido. Las decisiones de una comunidad conformada democráticamente tienen consecuentemente su sello inconfundiblemente democrático. De forma inversa, no lleva a ningún sitio calificar al principio democrático como «principio de la vida política», y con ello enfrentarlo especialmente al principio de Estado de Derecho¹⁴. La vida política viene configurada por *ambos* principios. Sin duda, ambos no lo hacen de forma idéntica, sino complementaria; el principio de Estado de Derecho más bien desde una dirección individual-jurídica, el principio democrático desde una dirección comunicativa, situada en un marco institucional. Ambas direcciones conllevan un grado distinto de dinámica. Esta circunstancia pue-

¹¹ STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), pp. 552.

¹² STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), pp. 775; SCHMIDT-ASSMANN: «Das Rechtsstaatsprinzip», *HSiR*, vol. 1, § 24, Rn. 18 y ss.

¹³ Así BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), Rn. 38.

¹⁴ Así últimamente, H. MEYER: «Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes», en SCHNEIDER y ZEH (eds.): *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 4, Rn. 7.

de hacer que el momento vital aparezca preferentemente en la democracia. Ello no justifica, sin embargo, la división entre un principio referido a la vida y otro referido a la estructura (*Lebens- und Strukturprinzip*). Estado de Derecho y Democracia son ambos, en última instancia, decisiones normativas de la Constitución y, en consecuencia, deben ser tomados en serio en su contenido normativo. De tal contenido no puede excluirse todo elemento de dinamicidad.

2. Grados de eficacia

Para la organización del poder estatal a nivel federal las decisiones constitucionales de Estado de Derecho y Democracia se encuentran determinadas en los párrafos 1 y 3 del artículo 20 GG. Para el ordenamiento constitucional de los *Länder* ambas surgen a partir de un marco de concretización determinado por el principio de homogeneidad de acuerdo al artículo 28.1, primera frase GG. Común a ambas estructuras es una triple gradación de su efectividad normativa, como dogma, como principio y como idea ¹⁵:

— La mayor concreción la obtienen ambos como concretos *dogmas*. Ejemplos para ello los proporcionan los principios claramente fijados en materia de Derecho electoral democrático (art. 38.1, frase 1 GG) y las garantías derivadas del Estado de Derecho en cuanto a la protección jurisdiccional (arts. 19.4, 92, 97, 101 y 103 GG).

— El núcleo básico de su efectividad se encuentra para ambas determinaciones constitucionales en el grado medio, el de un principio constitucional. Este nivel abarca los principios, pero no, sin embargo, las concretas derivaciones del principio, constitucionales o en leyes ordinarias, que constituyen los ya citados dogmas, y sobre todo comprende el núcleo de la decisión estructural, sus características definitorias ¹⁶ y su real concepción fundadora (*Baugesetz*).

— Antepuesto al nivel de los principios está la consideración de ambas decisiones estructurales como *ideas*. Para el Estado de Derecho ésta es la idea general de Justicia; para la Democracia la concepción de una correspondencia lo más elevada posible entre los titulares de los derechos políticos y los sometidos al poder ¹⁷. A este nivel no pue-

¹⁵ Semejantes grados de concreción en STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), pp. 587 y ss., en especial, 603: diferenciación entre idea política y realización como forma de organización del poder estatal según la medida del ordenamiento constitucional correspondiente; también HESSE: *Grundzüge* (N 3), pp. 50 y ss.; diferentes niveles de una Constitución directora ha mostrado sutilmente LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, pp. 61 y ss.

¹⁶ Sobre estas características, STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), pp. 602 y ss., y 784 y ss.

¹⁷ Cfr. BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 35. Democracia como derivación del principio de autodeterminación y autogobierno del individuo y del pueblo.

de ya hablarse de una eficacia normativa de las decisiones constitucionales¹⁸. A este efecto, los significados del nivel ideal se ven mediatisados por el carácter de principio. Pero en referencia a la interpretación de derivaciones normativas sí son de consideración¹⁹. A ellos sobre todo, se refiere aquella recepción de direcciones de investigación de historia de las ideas y multidisciplinarias, a la importancia de la cual se ha aludido antes.

a) *Estado de Derecho como principio constitucional*

Núcleo del principio de Estado de Derecho es la garantía de la autodeterminación humana a través del instrumento del Derecho²⁰. El Derecho actúa a través de configuración (*Formgebung*): el reconocimiento y delimitación de ámbitos propios de los individuos, su conformación (*Ausformung*), garantía y recíproca ordenación son las funciones fundamentales del Principio de Estado de Derecho. Se trata de la medida, ponderación y aprehensión (*Mass, Mässigung und Erfassung*) de la individualidad. La igualdad de la noción de justicia subyacente es la igualdad proporcional. El derecho subjetivo y su garantía son, en consecuencia, temas clave. El Estado de Derecho no se agota, sin embargo, en lo individual y lo subjetivo. Al contrario, engloba ámbitos de una ordenación objetivo-jurídica de funciones. Pero el punto de partida del pensamiento del Estado de Derecho debe permanecer en la libertad individual. De este modo se acredita el Estado de Derecho como una forma de Estado que protege la distancia que a su vez garantiza la autonomía.

b) *Democracia como principio constitucional*

La concepción fundadora del principio democrático de la Ley Fundamental es la garantía de la autodeterminación humana a través de las formas de participación democrática. Frente a la libertad individual surge aquí la igualdad absoluta (*egalitäre*) de las posibilidades de participación en el momento de la decisión²¹.

¹⁸ A un momento «programático-utópico» de la idea democrática que excede de la Constitución se refiere BADURA: «Die parlamentarische Demokratie», *HStR*, vol. 1, § 23, Rn. 41.

¹⁹ Así, para la Democracia, STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), pp. 590 y 599 con la nota 97.

²⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN: *Rechtsstaatsprinzip* (N 12), § 24, Rn. 21 y ss.

²¹ Sobre los diferentes mandatos de igualdad del principio democrático y del principio de Estado de Derecho, BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 42 y ss.: la igualdad democrática como igualdad esquemática, no proporcional.

También la Democracia es en su expresión constitucional un principio de determinación formal (*Formbestimmtes*)²². La referencia a la forma se deriva de las consideraciones referentes a la organización del proceso político: en la articulación de las partes, en la atribución de funciones específicas, en la garantía de la racionalidad y de la publicidad, la pluralidad de opiniones y las fuerzas sociales son «puestas en forma» (*in Form gebracht*), y de este modo constituidas como un proceso que permite la decisión política. La articulación de intereses democráticos y la específica estructuración (*Verfasstheit*) de su plasmación en una voluntad común, que debe formular el bien general, no es concebible sin la fuerza configuradora de la forma (*Gestaltungskraft der Form*)²³.

También el principio democrático tiene su *mandato de distancia* (*Distanzgebot*). La distancia es aquí el alejamiento frente a los intereses específicos²⁴, tal como se derivan de cada afectación concreta. Sin perjuicio de su contenido ideal, la posibilidad de participación democrática no puede derivarse dogmáticamente de una afectación específica, sea de tipo individual o referida a un grupo, ni estructurarse de forma diferenciada en función de dicha afectación específica. Se concibe y justifica, por el contrario, como posibilidad de participación general, igual²⁵. La igualdad de la participación garantiza simultáneamente la protección de la distancia democrática. De este modo resulta constitutiva para la democracia de la Ley Fundamental.

3. Planteamiento del problema

Las decisiones constitucionales en favor de la Democracia y el Estado de Derecho estructuran la totalidad del ámbito de la legitimación administrativa. Si la Democracia del Estado de Derecho traduce la libertad en una forma de poder específicamente configurada, entonces la legitimación de la Administración en el ordenamiento constitucional debe determinarse en última instancia como legitimación democrática. Por tanto, la legitimación democrática no es simplemente una de las posibilidades, sino el tipo de legitimación incondicionalmente necesario a partir de la Constitución de forma ineludible en todos los ámbitos de la Administración pública. Así como la Administración, sin perjuicio de los distintos grados de determinación de los procedimientos

²² Sobre el concepto de la democracia mediata enérgicamente BÖCKENFÖRDE: en *Festschrift für K. Eichenberger*, 1982, pp. 301 y ss., en especial, 313 y ss.

²³ Gráficamente, BADURA: *Demokratie* (N 18), § 23, Rn. 28.

²⁴ ISENSEE: «Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat», *HSrR*, vol. 3, § 57, Rn. 57.

²⁵ BADURA: *Demokratie* (N 18), § 23, Rn. 31.

jurídicos, nunca puede actuar al margen del Derecho, sino que siempre es una Administración dirigida por éste, igualmente debe siempre ser un poder legitimado democráticamente, de acuerdo al artículo 20.2 GG; ello sin perjuicio de un nivel de legitimación variable en sus grados. La configuración del orden de legitimación democrática es, en consecuencia, el primer y más importante deber (sobre esto, más adelante B).

La constitución de un poder democrático y acorde al Estado de Derecho no es nunca, evidentemente, un proceso cerrado. La metamorfosis de la libertad individual en libertad de participación democrática debe organizarse en evolución constante, en preconfiguraciones y conformaciones transitorias del poder, estructurado estatalmente sólo en algunos puntos determinados. La legitimación de la Administración no puede, por tanto, entenderse como un modelo estático, sino que debe adoptar aquellas preconfiguraciones, en las cuales el poder y la libertad fundamental se entrelazan en estadios de tránsito y en formas específicas de cooperación (sobre esto, más adelante, el apartado C).

Estas dos esferas de investigación del problema de la legitimación deben mantenerse claramente separadas. Sobre ello han proporcionado claridad las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG*; en adelante, TCF) en los últimos tiempos sobre el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales²⁶. El TCF distingue de forma estricta entre la legitimación *democrática* de acuerdo al artículo 20.2 GG y el otro tipo de legitimación posible al que se contraponen, la legitimación *corporativa* de unidades administrativas autónomas²⁷. El desenvolvimiento del principio democrático en el ámbito de la Administración y la problemática de la legitimación se han visto sometidas a un importante reto por estas Sentencias. La nitidez de las distinciones del TCF confiere al modelo de legitimación democrática unos contornos más definidos, pero debe llevar a reflexionar sobre posibles realidades complementarias, dado que unos límites demasiado precisos podrían conducir a estatismo e inflexibilidad²⁸.

²⁶ *BVerfG*, Sentencia de 31 de octubre de 1990 sobre derecho de sufragio en municipios y distritos (*Kreise*) en Schleswig-Holstein: -Az 2 BvF 2/89 und 2 BvF 6/89, *BVerfGE* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán) 83, 37 y ss.; *NJW*, 1991, pp. 162 y ss., y sobre el derecho de sufragio a las asambleas de distrito municipal en Hamburgo -Az 2 BvF S. 3/89, *BVerfGE*, 83, 60 y ss.; *NJW*, 1991, pp. 159 y ss.

²⁷ *BVerfGE*, loc. cit.

²⁸ En adelante, OSSENBÜHL: *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, pp. 196 y ss.; HERZOG, en MAUNZ y DÜRIG: *Grundgesetz*, art. 20.2, Rn. 46 y ss.; BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 11; OEBBECKE: *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, 1986, pp. 67 y ss.; OEBBECKE: *VerwArch.*, 1990, pp. 349 y ss. En los últimos años, fundamental y detallado, EMDE: *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991; agradezco al autor el amable envío de las pruebas de imprenta.

B. LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL ARTICULO 20.2 GG

Si la legitimación de la Administración debe determinarse en última instancia como legitimación democrática, el punto central de toda teoría de la legitimación debe hallarse en el artículo 20.2 GG: «Todo poder estatal deriva del pueblo. Se ejercita por el pueblo en elecciones y votaciones y a través de especiales órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial». El círculo aquí determinado de actos necesitados de legitimación (I), el sujeto legitimador aquí explícito, el «Pueblo» (II) y los canales de legitimación esbozados en sus líneas fundamentales (III-V) conforman los elementos a partir de los cuales debe desarrollarse el sector central del orden de legitimación jurídico-administrativo.

I. LAS ACTUACIONES NECESITADAS DE LEGITIMACIÓN: «EL PODER ESTATAL» (*STAATSGEWALT*)

De legitimación democrática necesitan, según el artículo 20.2 GG, todas las actuaciones en las cuales se ejercita poder estatal. El concepto debe interpretarse en sí mismo, independientemente. No se identifica ni con las características del supuesto de «poder estatal» del artículo 1.1 GG o del «poder público» en el artículo 19.4 GG, ni (tampoco parcialmente) con el «poder ejecutivo» en los artículos 1.2, 20.3 GG. Si es correcto que todos estos conceptos poseen un amplio campo de aplicación común, igualmente debe afirmarse que en el contexto de cada uno de sus concretos preceptos se diferencian unos de otros en un grado que debe tenerse en cuenta para aceptar cualquier resultado de una interpretación sistemática²⁹. Así, por ejemplo, para los derechos fundamentales, y en consecuencia, para la vinculación a éstos prevista en el artículo 1.3 GG, se encuentra, en primer plano, la función de protección individual, que puede llevar en un caso concreto a calificar una forma organizativa incardinable sólo dudosamente dentro de la Administración, distintamente de allí donde se trata, como en el caso del artículo 20.2 GG, de una cuestión más bien global, y en cualquier caso supraindividual, de legitimación de la Administración. Por tanto, debe examinarse en cada caso si las actuaciones de referencia constituyen o no ejercicio de poder estatal en el sentido del artículo 20.2 GG.

²⁹ Así, OEBBECKE (N 28), p. 78.

Las especiales dificultades que presenta ya la interpretación del concepto «poder estatal» como primero de los supuestos de hecho del artículo 20.2 GG resultan de las distinciones con carácter general en las formas de actividad estatal: en el instrumentario de actuación administrativa han surgido, junto a las decisiones normativas, las especialmente fructíferas actuaciones de eficacia indirecta, con las cuales la Administración simplemente impulsa, actúa como mediadora o asegura en sus prerequisites, las relaciones privadas. En la panoplia de las formas de organización se encuentran, junto a los clásicos detentadores de autoridad (*Hohheitsträger*), instituciones de prestación, formas empresariales y asociaciones de cooperación entre el Estado y la sociedad civil, que a partir de sus funciones y de estructuras de decisión e influencia no pueden siempre ser claramente incluidas en el ámbito estatal. Junto a estas distinciones dentro del poder estatal, en las zonas de contacto con la sociedad civil, la creciente *internacionalización y europeización* de las actuaciones administrativas ha transformado también el sello característico del poder estatal. Formas mixtas y procesos de evolución particulares de determinados sectores materiales y, por otro lado, la disminución de la actividad estatal en otros sectores, complican cada vez más la situación y el contexto del problema y dificultan una ordenación exacta.

En esta situación podría pretenderse, para posibilitar un desenvolvimiento lo más amplio posible de la Democracia de la Ley Fundamental, interpretar el supuesto de hecho del poder estatal de forma extensiva. La literalidad del artículo 20.2 GG precisa además que «todo» poder estatal deriva del pueblo.

Aceptando esta línea, afirma el TCF: «El principio democrático no se limita a determinado tipo del ejercicio del poder estatal, sino que se extiende a todos los tipos de éste»³⁰. Un contenido más estrecho que abarcara sólo los actos del monopolio estatal de poder se pretende tan poco como una limitación sólo a la Administración directa, inmediata por el Estado y sus formas típicas de decisión soberana (*hohheitliche*)³¹.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 20.2 GG no es una norma de competencia que pretenda transferir determinados ámbitos de actividad individual o social al poder estatal. El artículo 20.2 GG constituye un sistema de determinación de la voluntad estatal. La cuestión de qué sectores sean accesibles a una dirección estatal o deben ser exceptuados por razones referidas a los derechos fundamentales es previa a la determinación de la necesidad de legitimación. En consecuencia, una amplia interpretación del artículo 20.2 GG

³⁰ BVerfGE, 47, 253 (273); 77, 1 (40).

³¹ BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 12.

no puede llevar a desplazar el principio, determinado en función de los derechos fundamentales, de distribución entre libertad individual y social en favor de un derecho estatal de injerencia. El artículo 20.2 trata de la justificación, no de la ampliación del poder estatal. Tampoco puede derivarse del artículo 20.2 GG la exigencia de una democratización general del poder social. La legitimación democrática en el sentido de este artículo se exige sólo para la estatalidad organizada, no para asociaciones y otras agrupaciones de poder no estatal.

1. *Actos del poder estatal alemán*

El artículo 20.2 GG exige una legitimación democrática del poder estatal *alemán*. Esta característica del supuesto de hecho se encuentra implícita en el artículo 20.2 GG, al igual que en los artículos 1.3, 19.4 y 20.3 GG, decisivo es si la actuación en concreto puede adjudicarse a un órgano situado en la esfera de competencia de la Administración alemana. Aquello que los órganos alemanes puedan hacer, en el marco de su autoridad territorial o personal, se encuentra sometido al mandato de legitimación democrática del artículo 20.2 GG. No depende del lugar de actuación. Tampoco existe ninguna identidad plena entre el ámbito personal de sujeción al poder estatal y la pertenencia al pueblo estatal como sujeto legitimador. Ejercicio de poder estatal lo es también la negociación y votación de representantes alemanes en los órganos de decisión de organizaciones internacionales o supranacionales.

No son, en cambio, ejercicio de poder estatal alemán, y en consecuencia, no se encuentran sometidos al mandato de legitimación democrática del artículo 20.2 GG los actos de Estados extranjeros y organizaciones internacionales. Para su reconocimiento por parte de órganos alemanes y su efectividad en territorio alemán, sin embargo, el artículo 20.2 es mediatamente relevante. La Ley Fundamental no contiene, ni en éste ni en otro precepto, una prohibición estricta de tolerar injerencias de un poder soberano no legitimado por el pueblo estatal³². Más bien, a partir de la decisión constitucional en favor de una estatalidad abierta (art. 24 GG), permite matizaciones y distinciones, pero sí exige para actos de intervención y su reconocimiento estatal determinadas cualidades formales y materiales, que garanticen, de forma directa o compensadora, los elementales bienes jurídico-constitucionales protegidos en el artículo 20.2 GG. Ello ha sido repetidamente expuesto para los elementos de garantía del Principio de Estado de Derecho, en especial para los derechos fundamentales y la pro-

³² Sobre el estado de la cuestión, RAUSER: *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländischen Staaten*, 1991, pp. 246 y ss.

tección del Estado de Derecho³³. De forma semejante, para el elemento no menos central de la legitimación democrática resultan del artículo 20.2 las siguientes determinaciones como efectos derivados:

a) En referencia a la transferencia de derechos de soberanía a las *organizaciones internacionales* (art. 24.1 GG) una parte de la necesidad de legitimación viene ya satisfecha por la propia forma de ley del acto de transferencia. Otra parte se cubre a través de la aportación de su propia legitimación democrática por parte de los representantes del poder estatal alemán en los procesos de decisión en los órganos de la organización interestatal. Los actos de soberanía de dichas organizaciones surgen, sin embargo, a partir de un poder soberano originario, no a partir de un título derivativo. Pero en cuanto a la legitimación puede hablarse de un «efecto ulterior» (*Nachwirkung*) de la legitimación de cada Estado. Una exigencia estricta de legitimación propia e inmediata de la organización no puede derivarse del artículo 20.2 GG³⁴. Sí que, en cambio, para una transferencia de acuerdo al artículo 24.1 GG debe exigirse que la organización cuente entre sus principios fundamentales con el Principio del Estado democrático de Derecho, y que, cuanto más intensas sean sus posibilidades de intervención, más decididamente evolucione en sí misma en el sentido democrático. Para ello son concebibles diferentes modelos. Además debe exigirse que se componga de Estados miembros en los que exista un sistema de legitimación comparable al fijado en el artículo 20.2 GG³⁵.

b) Para la transferencia de derechos de soberanía a *otros Estados*, no regulada explícitamente por la GG, pero igualmente permitida por ésta, la cuestión de la legitimación es más compleja. Incluso si tales transferencias se fijan en la forma de Tratados Internacionales³⁶, y una determinada fuente de legitimación parlamentario-democrática les resulta de las previsiones del artículo 59.2, frase 1.ª, de la GG, falta aquí la posibilidad existente en el caso de las organizaciones internacionales, de participación de los representantes del poder estatal alemán en la elaboración y aprobación de los concretos actos de soberanía o de los programas de decisión concretos que incluyen dichos actos.

De ello se deriva una considerable carencia de legitimación. En parte se intenta minimizar esta carencia en su significación constitucional aduciendo la decisión de la Ley Fundamental en favor de la cooperación internacional, frente al mandato democrático³⁷. Para el más re-

³³ BVerfGE, 63, 343 (375-380); especialmente para organizaciones internacionales, BVerfGE, 58, 1 (40); 73, 339 (375 y ss.).

³⁴ Cfr. TOMUSCHAT: *Bonner Kommentar*, Art. 24.1, Rn. 60; cfr. también BVerfGE, 73, 339 (385).

³⁵ Similarmente TOMUSCHAT: loc. cit., Rn. 52 y 57.

³⁶ RAUSER: *Übertragung* (N 32), pp. 288 y ss.

³⁷ BEYERLIN: *Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit*, 1988, pp. 428 y ss.; diferenciando, RAUSER: *Übertragung* (N 32), pp. 266 y ss.

ducido ámbito del reconocimiento y ejecución de actos de soberanía extranjeros por parte de instancias alemanas, el TCF ha acudido a una limitación del principio democrático derivada de dicha decisión en favor de la cooperación internacional³⁸. La decisión constitucional en favor de ésta no permite, sin embargo, abrir la estatalidad alemana sin ninguna limitación a la injerencia de Estados extranjeros y con ello desplazar el mandato democrático del artículo 20.2 GG. Si no puede satisfacerse el principio democrático ni con medios compensatorios —como sí sucedía con las organizaciones internacionales— debe limitarse el acto de apertura alemán a supuestos de intervenciones extranjeras correspondientemente limitados. Una carencia de legitimación permanente debe superarse trasladando la exigencia de legitimación necesaria al acto de reconocimiento por parte de los órganos alemanes.

2. *Formas de actuación del poder estatal*

El artículo 20.2 GG comprende, en correspondencia con la amplitud del potencial de injerencia de las formas de actividad administrativa³⁹, la totalidad del abanico de formas de actuación: el poder estatal se ejerce en toda *decisión de la Administración*⁴⁰ con efectos externos, surja en formas de Derecho público o privado⁴¹. Ello es también aplicable a la actuación de representantes de la Administración Pública en empresas públicas organizadas de acuerdo al Derecho privado. La existencia de derechos de intervención, modificación o decisión última a través de recurso por parte de otra instancia supraordenada no excluye la cualidad de decisión del acto original⁴². Así, las asociaciones colegiales ejercen un poder soberano (*Hoheitsgewalt*) en sí mismo, aun cuando sus decisiones necesiten de plasmación a través de un órgano administrativo para alcanzar eficacia externa⁴³. Sin duda aquí mucho depende de la estructura del contexto de cada concreta decisión. Debe excluirse la actividad de las asociaciones privadas, que más tarde es recibida con plena libertad de decisión por órganos estatales. En consecuencia, los actos normativos de éstas no están en el ámbito de aplicación del artículo 20.2 GG. Y ello no resulta alterado por la participación de la Administración en tales asociaciones. Distinto es

³⁸ BVerfGE, 63, 343 (370).

³⁹ Sistemáticamente KIRCHHOF: «Mittel staatlichen Handels», HStR, vol. 3, § 59.

⁴⁰ BVerfGE, 47, 253 (273).

⁴¹ Así, BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 12 y ss.; OEBBECKE: *Weisungsfreie Räume* (N 28), pp. 79 y ss.

⁴² BVerfGE, 83, 60 (73).

⁴³ Sobre ello, a partir del ejemplo de la organización de la Oficina Federal de Control prevista en el § 9.2 GJSt (*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften: Ley sobre la divulgación de publicaciones peligrosas para la juventud*), BVerfG, DVBl, 1991, pp. 261 y ss., 264.

sólo el caso en que tal asociación se encuentra incorporada en la propia organización administrativa. Allí donde órganos estatales cooperan con sujetos privados, no es el ámbito de cooperación como tal quien necesita de la legitimación democrática, sino únicamente la aportación administrativa.

En el ámbito del artículo 20.2 GG se comprenden recomendaciones, advertencias, publicaciones oficiales, y especialmente, las crecientes actividades informativas del Estado. Igualmente los *actos de hecho* (*Realhandeln*) estatales, como por ejemplo, la puesta a disposición de personal. Sólo quedan excluidas las actividades auxiliares puramente técnicas⁴⁴. También las actuaciones asesoras, siempre que no se limiten a la pura preparación interna, necesitan de legitimación. Por el contrario, las producciones científicas llevadas a cabo por instituciones de investigación estatales no están sometidas al mandato de legitimación. Sin embargo, las determinaciones organizativas del sector científico, incluidas las aportaciones dinerarias a la investigación, se incluyen en el concepto de ejercicio del poder estatal. La actividad de los grupos de expertos puramente asesora no debe, por el contrario, ser reconducida (*zurückgeführt*) al pueblo⁴⁵.

3. Formas de organización del poder estatal

Como en el caso de la actividad administrativa, múltiples son también las formas de organización de la Administración. Los trabajos recientes sobre organización administrativa han puesto de relieve un sector extraordinariamente rico de contacto y cooperación entre el Estado y la Sociedad, lo han analizado centrándose especialmente en las relaciones de influencia, control y dependencia que se entablan y han establecido una clasificación de los supuestos⁴⁶. La doctrina jurídico-administrativa sobre la legitimación puede apoyarse en estas consideraciones, pero debe elaborar sus resultados de forma independiente. Si una determinada forma organizativa debe ser considerada como órgano del poder estatal y, por consiguiente, se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 20.2 GG, sólo puede responderse claramente de forma positiva o negativa. En su caso debe decidirse en un *análisis global* valorativo⁴⁷ (*wertenden Gesamtanalyse*) de forma jurídica,

⁴⁴ BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 13.

⁴⁵ BVerfGE, 83, 60 (74).

⁴⁶ STEINBERG: *Politik und Verwaltungsorganisation*, 1979; SCHUPPERT: *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, 1981; DITTMANN: *Die Bundesverwaltung*, 1983, pp. 251 y ss.; HENDLER: *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip*, 1984, en especial, pp. 191 y ss.; KREBS: «Verwaltungsorganisation», *HStR*, vol. 3, § 69, Rn. 5 y ss.; LERCHE, en MAUNZ y DÜRIG: *Grundgesetz*, Art. 86, Rn. 44 y ss., y 88 y ss.; DREIER (N 6), pp. 210 y ss.

⁴⁷ Así también EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 267 y ss.

si priman los factores sociales o estatales y, en consecuencia, si la organización estudiada es un representante del poder estatal o, pese a determinadas vinculaciones con el Estado, es en última instancia un sujeto no-estatal y, por tanto, no resulta comprendida en el mandato de legitimación del artículo 20.2 GG. La clasificación jurídica debe en tal caso apoyarse en características tan claras como resulte posible⁴⁸. Un papel especialmente importante para la ordenación a partir de la Ley Fundamental dentro o fuera del ámbito necesitado de legitimación es el que juega la *forma jurídica* de la concreta institución examinada. Aquí, como en otros contextos⁴⁹, deben hacerse distinciones entre la fuerza a conferir a la denominación de las formas jurídicas de organización: en tanto que las formas de Derecho público generalmente incorporan una voluntad de poder soberano (*Hoheitlichen Herrschaftsanspruch*)⁵⁰, en la calificación de las instituciones organizadas de acuerdo al Derecho privado debe acudirse frecuentemente a criterios complementarios, tales como las funciones asumidas, los poderes de control y la estructura presupuestaria.

a) *Organos administrativos típicos*

Según lo expuesto, las instituciones en forma de organizaciones jurídico-públicas deben ser, por lo general, consideradas portadores de poder estatal en el sentido del artículo 20.2 GG. Ello es pacíficamente reconocido para las organizaciones administrativas centrales organizadas en base al territorio: la Federación y los Estados, con sus divisiones internas, órganos, agencias (*Aussenstellen*) y masas patrimoniales (*Vermögensmassen*), así como para los municipios y distritos (*Kreise*). Igualmente para instituciones autónomas de las citadas corporaciones, para mancomunidades (*Zweckverbände*) y para entes de Administración funcional con personalidad jurídica propia (*rechtsfähige Anstalten*), por ejemplo, las Cajas de Ahorro locales⁵¹. Que a tales unidades administrativas no les corresponda actividad alguna con efectos externos, sino únicamente actuaciones intraadministrativas, puras funciones de soporte o asesoramiento, no hace que pierdan la necesidad de legitimación. Una excepción en este sentido la constituyen sólo las igle-

⁴⁸ De modo distinto en EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 267 y ss.

⁴⁹ SCHMIDT-ASSMANN: «Zur Bedeutung der Privatrechtsform für den Grundrechtsstatus gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen», en *Festschrift für Niederländer*, 1991, pp. 383 y ss., en especial, 387.

⁵⁰ De forma similar HENDLER: «Das Prinzip Selbstverwaltung», *HSfR*, vol. 4, § 106, Rn. 25.

⁵¹ *VerfGH NW (Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia)*, *NVwZ*, 1987, pp. 211 y ss.; en lo fundamental así también TETTINGER: *Mitbestimmung der Sparkasse und verfassungsrechtliches Demokratiegebot*, 1986, en especial p. 64, sin embargo, bajo aceptación de un «mandato debilitado en cuanto a su claridad».

sias y sociedades religiosas, para las cuales la forma jurídica no posee en sí misma ninguna consecuencia en cuanto a su ordenación dentro o fuera del ámbito de los necesitados de legitimación ⁵².

b) *Organizaciones administrativas autónomas y otras formas de cooperación*

Otras entidades además de las unidades administrativas clásicas han recibido ya, a partir de su forma de organización jurídico-pública, potenciales o actuales posibilidades de decisión de autoridad o de autoconfiguración (*Selbstdarstellung*), de modo que no pueden existir sin una legitimación democrática. Sin duda debe aquí atenderse a muchas y distintas gradaciones y limitaciones. Ello reza especialmente para la llamada *Administración Autónoma Funcional* ⁵³, no la local ⁵⁴. Este amplio sector reúne a titulares de actividad administrativa y a organizaciones en el campo de la cooperación entre Estado organizado y fuerzas sociales, de distinta tradición y niveles de intensidad ⁵⁵. Común a todas ellas es, por lo general, la organización como persona jurídica de Derecho público, casi siempre como corporación y, con ello, una capacidad de influencia propia de sus miembros sobre la actividad administrativa (*Verwaltungsführung*). Para la incardinación de estas entidades en la sistemática del artículo 20.2 GG es especialmente importante reconocer que ya la propia forma otorga a los intereses, de este modo organizados, un grado de posible poder estatal, lo que exige la existencia de una legitimación democrática para esta característica externa ⁵⁶. Y ello es válido también para aquellas entidades autónomas que asumen funciones no estatales, sino más bien de satisfacción de intereses particulares o de Derecho privado.

La incardinación de todas estas entidades organizativas en el concepto de poder estatal en el sentido del artículo 20.2 GG no significa necesariamente que todos sus problemas de legitimación queden definitivamente solucionados. Con esta afirmación fundamental lo único que se determina es que las citadas entidades, sin perjuicio de sus funciones, necesitan en todo caso (también) de una legitimación democrática según los parámetros generales. Si el poder simultáneamente ejercido en ellas a partir de la cualidad de asociación de miembros ne-

⁵² Sobre la significación de la forma jurídica de constitución para las Iglesias *BVerfGE*, 30, 415 (428); HENDLER: *Ordnungsprinzip* (N 46), pp. 290 y ss.

⁵³ Sobre este concepto EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 5 y ss.

⁵⁴ OEBBECKE: *VerwArch*, 1990, pp. 349 y ss., en especial, 351 y ss.

⁵⁵ Análisis básicos en EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 87 y ss.

⁵⁶ Igualmente BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 34; OEBBECKE: *VerwArch*, 1990, pp. 356 y ss.; en sentido distinto EMDE: *Legitimation* (N 28), quien se apoya en un análisis funcional.

cesita de alguna otra legitimación, y cómo esa legitimación autónoma concurre con la democrática, es otra cuestión. A reserva de una investigación más detenida⁵⁷, se muestra aquí una *doble línea del orden de legitimación* (*doppelsichtige Legitimationsordnung*), que junto a la legitimación democrática de los componentes de la organización estatal, debe asegurar también la legitimación del poder ejercido en común por los miembros asociados dentro del marco estatal.

Exigida por los derechos fundamentales y, por tanto, especialmente clara se encuentra esta duplicidad en relación a las Universidades y otras organizaciones científicas. Parecidas distinciones son también de aplicación a entidades administrativas jurídico-públicas corporativas, tales como las corporaciones de caza, las asociaciones de agua y suelo (*Wasser- und Bodenverbände*) y la comunidad de partícipes (*Teilnehmergemeinschaft*) de las concentraciones parcelarias. Menos tratada es la dualidad entre forma de poder estatal y contenido funcional social en la Administración autónoma de los colegios y cámaras y de la Seguridad Social. Sin embargo, tampoco en estos casos de una Administración autónoma exigida no tanto por razón de los derechos fundamentales, sino más bien institucionalmente puede decirse que el potencial de poder a ellos confiado puede ser sometido *únicamente* al artículo 20.2 GG.

La mera autonomía de unidades administrativas frente a la dirección parlamentaria o ministerial, en cambio, no implica que sean titulares de autonomía funcional y, por tanto, no afecta a la cuestión sobre una legitimación dual más allá del artículo 20.2 GG⁵⁸. Ello es de aplicación en especial al Banco Federal, y de forma similar a la *Treuhandanstalt**. Ambos son únicamente entes administrativos que ejercitan poder estatal en el sentido del artículo 20.2 GG. Sí debe considerarse si, más allá del ámbito de la Administración autónoma, también para otras unidades administrativas organizadas de forma jurídico-pública (por ejemplo, comisiones), en las que se posibilite (a veces sobre la base de exigencias derivadas de los derechos fundamentales) la defensa de intereses particulares, debe exigirse un orden de legitimación añadido al que ya debe existir por imperativo del artículo 20.2 GG a causa del ejercicio de poder estatal derivado de su forma de organización jurídico-pública. En cualquier caso, el amplio sector de interacción osmótica entre Estado y Sociedad no puede aprehenderse correctamente con el sometimiento *único* a la legitimación democrática prevista en el artículo 20.2 GG. La zona de tránsito entre un inte-

⁵⁷ Sobre ello, más adelante, C. II y C. III.

⁵⁸ Así también EMDE: *Legitimation* (N 28), p. 12.

* (N. del T.) La *Treuhandanstalt* es un instituto destinado a la realización de las privatizaciones de la antigua RDA, regulado esencialmente en el artículo 25 del Tratado de Unificación entre la RFA y la RDA, firmado el 31 de agosto de 1990.

rés autónomo, definible y organizable, particular de un círculo limitado de personas (condición previa para la creación de un ente administrativo autónomo no local), y un interés estatal igualmente existente de organización pública dirigido a constituir una entidad como portadora de soberanía (*Hohheitsträger*) con facultades de ejercicio del poder estatal, resulta demasiado compleja para poder ser explicada a partir de un modelo unitario. A ello deberemos volver cuando tratemos la cuestión de la exclusividad del artículo 20.2 GG.

c) Organizaciones de Derecho privado

Los sujetos de Derecho privado, por el contrario, no se comprenden en principio en el ámbito del artículo 20.2 GG. Aquí, sin embargo, debe atenderse a un amplio círculo de excepciones⁵⁹. Estas se justifican a partir de la aplicación añadida de criterios funcionales y de dependencia. Tales excepciones se centran, por un lado, en las fundaciones de Derecho privado, y por otro, en las asociaciones con personalidad jurídica, mediante las cuales el Estado satisface determinadas funciones, como, por ejemplo, la política cultural en el extranjero, la investigación o el fomento de ésta última. Los elementos de la estatalidad pueden distinguirse en estos casos generalmente en la motivación y en la provisión de medios financieros. Equivalentes a tales organizaciones son las organizadas de acuerdo al Derecho privado, *Spitzenverbände* * de personas jurídicas de Derecho público⁶⁰. Otra excepción debe hacerse en relación a sociedades de capital que se encuentran en manos exclusivamente de la Administración pública y satisfacen necesidades públicas o realizan actividades destinadas a cubrir necesidades (*bedarfsdeckende Tätigkeiten*). También las empresas de la Administración pública que actúan puramente de acuerdo a la economía de mercado (*erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen*) necesitan la legitimación⁶¹. Sin embargo, las empresas de economía mixta (*gemischt-wirtschaftliche Unternehmen*) no se encuentran sometidas al

⁵⁹ Sobre las razones de fondo de este tratamiento especial, de forma sistemática, LERCHE (N 46), Art. 86, Rn. 51 y ss., que destaca como línea fundamental el «valor propio de la forma jurídica de organización» (Rn. 57).

* (N. del T.) Las *Spitzenverbände* son entidades organizadas de acuerdo al Derecho privado, constituidas por representantes (generalmente el personal directivo) de diferentes personas jurídicas de Derecho público, cuya función está en la cooperación y coordinación y la representación de los intereses comunes frente a la Administración estatal. [Vid. R. STOBER: *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, § 76, III.3.b), y § 77.III.4.b); 1989.]

⁶⁰ HENDLER: *Selbstverwaltung* (N 50), § 106, Rn. 27, trata estas asociaciones como «Complementos» de la administración autónoma.

⁶¹ En cuanto a la inclusión en el sector de las actividades estatales contempladas en el artículo 30 GG igualmente LERCHE (N 46), Art. 83, Rn. 42.

mandato del artículo 20.2 GG⁶²: que en estos casos la decisión de participación de órganos estatales esté bajo el imperativo de legitimación y ello pueda implicar determinadas consecuencias, por ejemplo, la posible aceptación de un deber de intervención (*Einwirkungspflicht*) estatal sobre la política de las empresas de economía mixta es un problema distinto.

Por lo demás, el mandato del artículo 20.2 GG no es aplicable a las personas y empresas privadas tampoco cuando éstas intervienen en ámbitos en los que actúa también la Administración pública y que pueden considerarse funciones públicas. El que para tales actividades existan determinadas vinculaciones y límites jurídicos no altera para nada la conclusión precedente. Un empresario privado de transporte de mercancías o un empresario privado de radiodifusión no ejerce poder público. Una probable excepción la constituye la *Beleihung* * por ley con poder soberano. Con todo, no es la institución beneficiaria de la *Beleihung* como tal (*Beliehene*) la sometida al artículo 20.2, sino aquel sector de actividad al que la *Beleihung* se refiere⁶³. El sometimiento al artículo 20 viene aquí determinado por factores extrajurídicos como, por ejemplo, la propia consideración que de sí tenga el sector de actividad de referencia. Según esto no ejercen un poder público aquéllos que, sin perjuicio de sus estrechas conexiones con un ente estatal, prestan sus servicios como propios e independientemente (*als Eigenständige*), tal como ocurre con las entidades de ayuda social privadas (*Träger der freien Wohlfahrt*). Tampoco se encuentran bajo el mandato del artículo 20 GG los *Betriebsbeauftragte* (comisionados de la empresa) **

⁶² Sobre su posición, determinada sólo por los derechos fundamentales, SCHMIDT-ASSMANN: *Privatrechtsform* (N 49), pp. 393 y ss.; KOPPENSTEINER: *NJW*, 1990, pp. 3105 y ss., en especial, 3113. Sobre el deber de intervención, más adelante, en la nota 194.

* (*N. del T.*) La *Beleihung* consiste en la realización de determinadas funciones públicas por sujetos de Derecho privado, de modo que estos sujetos poseen la competencia para tomar decisiones de Derecho público vinculantes y definitivas bajo su propia responsabilidad. La atribución de dicha competencia debe tener lugar por ley. El beneficiario de la *Beleihung* (*Beliehene*) es, pues, autoridad administrativa en cuanto puede dictar actos administrativos. Se trata así de una institución que debe diferenciarse en especial de la figura alemana de la *Konzession*, en la que el concesionario no asume competencias de Derecho público. (*Vid.* R. STOBER: *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltsrechts*, § 74, 1989.)

⁶³ Sobre la posición jurídica del beneficiario de la *Beleihung* en general, LERCHE (N 46), Art. 86, Rn. 68.

** (*N. del T.*) El *Betriebsbeauftragte* es una figura propia del Derecho administrativo alemán sin equivalente en nuestro país. Se trata de un órgano de las empresas que asume una serie de deberes de inspección, pero sin ostentar potestades públicas. Tampoco se encuentra sometido a la jerarquía administrativa ni a ningún tipo de instrucciones por parte de la Administración. Su designación corresponde al empresario, y sus funciones se centran en la materia de la seguridad en la empresa, esencialmente en relación a la protección del medio ambiente; así, si por un lado es una figura orientada al mejor cumplimiento de la normativa de protección medioambiental (y de ahí su relación con la Administración pública, que comporta determinadas relaciones entre el *Beauftragte* y la Administración), por el otro se formaliza como órgano interno de la empresa y vinculado a los intereses de ésta.

Debe diferenciarse de los *Verwaltungsbeauftragte*, más adelante citados, éstos sí auténticos órganos administrativos incardinados en las Administraciones públicas, con funciones de vigilan-

en el Derecho de protección del medio ambiente y del trabajo⁶⁴. Por el contrario, los *Verwaltungsbeauftragte* (comisionados de la Administración)⁶⁵ necesitan de una legitimación en el sentido del artículo 20.2 GG. Más problemática, y dependiente de la configuración concreta de su posición en cada caso es la cuestión de si, y en qué medida, los *mediadores en conflictos* necesitan de legitimación estatal⁶⁶.

No son titulares de poder estatal los partidos políticos, asociaciones de trabajadores o sindicatos y otras *organizaciones de masas*. La democracia constitucional se ha construido como un principio de organización del Estado⁶⁷. Alcanza también parte del ámbito de cooperación organizado entre Estado y Sociedad, pero no las organizaciones sociales de cooperación como tales. El artículo 21.1, frase 2.ª, GG, según el cual la ordenación interna de los partidos, como asociaciones más cercanas a la esfera de formación de la voluntad estatal, debe respetar los principios democráticos, determina aquí una clara línea de división⁶⁸. Los partidos se mueven, como muestra este precepto, fuera del artículo 20.2 GG. Para todas las demás asociaciones ello no es de menor aplicación. A las asociaciones contratantes en los convenios colectivos corresponden funciones de gran importancia para la vida económica; sin embargo, un problema de legitimación surge de ello únicamente en cuanto se trata de la declaración de vinculación general del § 5 TVG (*Tarifvertragsgesetz*: Ley de Convenios Colectivos). De forma similar las decisiones arbitrales de los tribunales arbitrales de partidos y asociaciones pueden ser reconocidas por el Estado en determinada medida como título de ejecución; pero no por ello son expresión de la jurisdicción estatal. Cómo las organizaciones de masas justifican sus decisiones frente a sus miembros o frente a la comunidad se encuentra fuera del artículo 20.2 GG y debe tratarse de forma separada a la problemática de la legitimación aquí estudiada. En qué grado la ley debiera exigir a las asociaciones una estructura organizativa transparente y un control efectivo por sus miembros se encuentra constitucionalmente localizado en el ámbito de los derechos fundamentales, no en el de la democracia⁶⁹.

cia y dirección y ejerciendo potestades públicas. (Vid. R. STOBER: *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, § 82, 1989.)

⁶⁴ Sobre ello, NISIPEANU: *NuR*, 1990, pp. 439 y ss.

⁶⁵ Sobre las formas de aparición, el estatus y las funciones, cfr. FUCHS: «*Beauftragte*» in der *öffentlichen Verwaltung*, 1985; críticos por razones de política jurídica, SCHMITT GLAESER y MACKEPRANG: *DV*, 1991, pp. 15 y ss.

⁶⁶ De forma detallada HOFFMANN-RIEM: *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989; HOLZNAGEL: *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990, en especial, pp. 208 y ss.

⁶⁷ STERN: *Staatsrecht*, I (N 3), p. 633; BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 9.

⁶⁸ HERZOG (N 28), Art. 20, II, Rn. 116 y ss.; últimamente SCHIFFER y WOLFF: *AöR*, vol. 116, 1991, pp. 169 y ss., 175 y ss.

⁶⁹ Esto no excluye la referencia a la *idea de la democracia*, en el marco de la discusión sobre el derecho de las asociaciones; cfr. TEUBNER: *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, 1978, en especial, pp. 79 y ss.

II. EL SUJETO LEGITIMADOR: «PUEBLO»

El artículo 20.2 GG centra la legitimación en el pueblo: éste es no sólo el origen de todo poder estatal (1.ª frase), sino que debe ser incorporado en el continuado ejercicio del mismo a través de competencias de orientación y control (frase 2.ª). El concepto de pueblo surgido de la teoría política, y de este modo concretado como característica del supuesto de hecho de la teoría constitucional de la legitimación⁷⁰ en el artículo 20.2 GG, es el concepto clave de la legitimación democrática. Mostrar esto es importante para el orden de legitimación jurídico-administrativo, porque precisamente en el concreto proceso jurídico-administrativo individuos y sociedad influyen «participativamente» en múltiples formas en el Estado, sin que ello deba tener que ver necesariamente con la legitimación democrática exigida por el artículo 20.2 GG. En cualquier caso, tales procesos pueden considerarse como legitimación democrática sólo en tanto que expresen una reconducibilidad (*Rückführbarkeit*) al pueblo. Tal como el principio democrático de la Ley Fundamental globalmente se basa en determinados elementos referidos a la forma (*Formelementen*)⁷¹, igualmente el concepto de pueblo del artículo 20.2 GG se conecta con determinados elementos característicos que están necesariamente vinculados a la plasmación constitucional del principio democrático. Esta recíproca relación entre pueblo y principio democrático ha sido evidenciada por las sentencias del TCF de 31 de octubre de 1990⁷². Los elementos definitorios del concepto de pueblo del artículo 20.2 GG son una específica estructuración (*Verfasstheit*) como comunidad de personas (1), su generalidad (2) y la orientación al principio de la nacionalidad (3).

1. Globalidad constituida (*Verfasste Gesamtheit*)

Pueblo, en el sentido del artículo 20.2 GG, no significa un círculo cualquiera de afectados por el poder estatal. Se alude más bien a la globalidad de personas constituida. Esto se deriva de la distribución constitucional de funciones entre los principios de Democracia y de Estado de Derecho; al primero corresponde la conformación de la voluntad colectiva; al segundo, la estructuración de la actuación individual. Lo específico del carácter democrático de la idea de libertad condiciona de forma previa la determinación del sujeto legitimador. Acep-

⁷⁰ Sobre ello y con referencias bibliográficas, GRAWERT: «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», *HSiR*, vol. 1, § 14, Rn. 1, y 22 y ss.

⁷¹ Más arriba A. II.

⁷² Referenciadas en la nota 26.

tando estas consideraciones de especificidad el TCF afirma ⁷³ que: «El artículo 20.2 GG, en consecuencia, no tiene por contenido que las decisiones del poder del Estado deban legitimarse por el concreto sujeto afectado en cada ocasión, sino que el poder estatal debe tener como sujeto al pueblo como grupo unificado de personas».

Los concretos dogmas del principio constitucional de democracia no pueden, consecuentemente, circunscribirse a la concepción de «poder del afectado» (*Betroffenenherrschaft*). La participación de los afectados pertenece al nivel ideal de la decisión estructural en favor de la democracia. En este contexto ha sido reconocida por el TCF: la concepción según la cual corresponde a la idea democrática el logro de una congruencia entre los titulares de los derechos democráticos y los sometidos de forma duradera al poder estatal es acertada en su punto de partida ⁷⁴. Pero se plasma en la figura de la legitimación democrática del artículo 20.2 GG sólo en cuanto los afectados se constituyen en pleno sentido como pueblo. Las múltiples formas de participación que se encuentran en la toma de decisiones administrativas pueden elevar el grado de aceptación de la resolución y ser deseables en el sentido de la idea de democracia, pero no instrumentan una legitimación democrática, sino que, en sentido contrario, pueden incluso perjudicar los elementos citados en la legitimación previstos en el artículo 20.2 GG ⁷⁵.

2. Generalidad indeterminada

La globalidad de personas no se determina según criterios o intereses específicos de grupo. Por el contrario, es una «generalidad abierta, y en este sentido indeterminada» ⁷⁶. También este elemento del concepto de pueblo viene dado en el concepto constitucional de democracia. De él deriva que los intereses singulares deben encajarse en la decisión política pasando a través del instrumento de la distancia democrática. La distancia presupone un apartamiento de las especificidades. Concepto de pueblo, bien común y competencia general del poder de decisión central estatal encuentran su elemento común de referencia en la concepción fundamental de la generalidad ⁷⁷. Esta corresponde al pueblo en su existencia referida a la totalidad del territorio federal, como pueblo de la Federación, y según las tradiciones y

⁷³ BVerfGE, 83, 37 (51).

⁷⁴ Loc. cit. (52).

⁷⁵ Sobre ello, más adelante, C.I.2.

⁷⁶ BVerfGE, 83, 37 (55).

⁷⁷ Sobre ello, en general, ISENSEE: *Gemeinwohl* (N 24), § 57, Rn. 17 y ss.

concepciones de los Estados federales corresponde también a los pueblos de los diversos Estados federados.

Sucesivas divisiones en «porciones de pueblo» radicados territorialmente son compatibles con el concepto de generalidad en tanto que se refieran a unidades organizativas en las que concurre soberanía territorial (*Gebietshoheit*) y competencia general. Así, junto a los Estados, también los distritos (*Kreise*) y municipios son reconocidos en el artículo 28.1, frase 2.ª, GG, expresamente como partes del pueblo capaces de otorgar legitimación. Sin embargo, tales parcelaciones del concepto de pueblo tienen sus límites. El principio democrático no permite otorgar a voluntad fuerza legitimadora en cada caso, en lugar de la totalidad del pueblo, a una más pequeña globalidad de ciudadanos determinada en base a su situación territorial⁷⁸. También en este punto surge la característica específica de la idea democrática de libertad: llegar a decisiones filtradas por medio de la distancia. Según ello, sólo en casos excepcionales (si bien no se excluye su posibilidad) y que exigen una expresa y específica argumentación se atribuye un papel legitimador a los grupos electos por debajo del nivel de las corporaciones municipales. Así se reconoce tal carácter a los distritos municipales (*Bezirksvertretungen*) en las ciudades-estado y en las ciudades que no forman parte de distritos (*Kreisfreie Städte*)⁷⁹. Para los municipios más reducidos puede justificarse el mismo resultado sólo cuando están formados por unidades territoriales divididas, antiguamente autónomas. Con ello se alcanzaría el límite extremo de la posibilidad de construcción de sujetos de legitimación autónomos en base a elementos territoriales. Una referencia a zonas de edificación aisladas, a determinadas calles y similares, para de este modo lograr una directa participación de los afectados, no lleva a una legitimación por el pueblo.

Aquellos grupos electos cuyos miembros lo son a partir de un interés sectorial común no pueden instrumentar una legitimación democrática. La característica diferenciadora por razón de la materia implica una concentración en un interés determinado, que elimina la generalidad y con ella la distancia. La postura doctrinal de las «porciones de pueblo determinadas en razón de la materia» (*fachlicher Teilvölker*)⁸⁰ no lleva consecuentemente a ningún resultado en cuanto al artículo 20.2 GG⁸¹. Ello ha sido clarificado por el TCF en su sentencia de 31 de octubre de 1990. En consecuencia, las formas autónomas de legitimación de los entes funcionales autónomos determinados por razón de la materia no corresponden a la legitimación democrática, sino

⁷⁸ BVerfGE, 83, 60 (75).

⁷⁹ BVerfGE, 47, 253 (272, 275), y BVerfGE, 83, 60 (75 y ss.).

⁸⁰ Sobre ello, HERZOG (N 28), Art. 20 II, Rn. 56; en su línea, OEBBECKE: *Weisungsfreie Räume* (N 28), pp. 89 y ss.

⁸¹ También discrepante BÖCKENFÖRDE, *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 33.

a la corporativa, la cual se apoya en consideraciones de participación de los miembros.

Tampoco instrumentan propiamente una legitimación democrática las agrupaciones de representación de intereses, aunque tengan forma jurídico-pública, como las representaciones del personal de la Administración. Tales agrupaciones no deben representar el interés general de la globalidad del pueblo, sino los intereses de sus miembros, en el caso citado de los funcionarios públicos. Sus grupos de electores no son unidades adecuadas para la legitimación. Así no pueden apoyarse las exigencias de una ampliación de la cogestión en la función pública, en el principio constitucional de la democracia. Contrariamente pueden más bien menoscabar la legitimación instrumentada a través de un pueblo determinado por las características generales explicadas, en tanto que entremezclan procesos de decisión democráticamente configurados con intereses específicos de grupo. Postulados de cogestión de la función pública no pueden, por consiguiente, encontrar su fundamento en el artículo 20.2 GG, sino sus límites⁸².

3. Nacionalidad

Pueblo, en el sentido del artículo 20.2 GG, es finalmente el pueblo del Estado como globalidad de los nacionales alemanes y las personas a ellos equiparadas por el artículo 116.1 GG. El TCF lo deriva del Derecho constitucional positivo, sobre todo de las determinaciones del Preámbulo y del artículo 146 GG, que declaran al «pueblo alemán titular y sujeto del Estado de la República Federal de Alemania»⁸³. El sentido de esta redacción especificadora del concepto de pueblo no se encuentra en la vinculación existencial del ciudadano del Estado con el Estado a legitimar por él; el TCF evita por ello el concepto frecuentemente utilizado en la doctrina de la «comunidad de destino». La concentración del concepto de pueblo en la unión de los nacionales debe enfatizar más bien la simetría entre cargas del ciudadano y derechos de éste.

Este tercer aspecto es, en cualquier caso, estrictamente vinculante *de constitutione lata*. Sin embargo, y a diferencia de los dos anteriores, no pertenece al núcleo del principio democrático de la Constitución y es, en consecuencia y en determinado grado, susceptible de afectación por una reforma constitucional (art. 79 GG). Por tanto, no existen obstáculos insalvables para un derecho de sufragio en las elecciones loca-

⁸² LOSCHOLDER: «Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung», *HSiR*, vol. 3, § 68, Rn. 68 y ss.; LECHER: «Der öffentliche Dienst», *HSiR*, vol. 3, § 72, Rn. 130 y ss.; *BVerfGE*, 9, 268 (281 y ss.).

⁸³ *BVerfGE*, 83, 37 (51).

les para los extranjeros impulsado por el Derecho Comunitario⁸⁴. Los elementos democráticos de la igualdad y la vinculación a la forma (*Formgebundenheit*) impiden en cualquier caso la atribución del derecho de sufragio a extranjeros con una relación tan laxa como se quiera con la República Federal.

III. LOS MODOS DE LEGITIMACIÓN: ELECCIONES Y VOTACIONES

Como modo de legitimación definimos aquellos procedimientos primarios en los cuales el propio pueblo, como poder constituido, expresa su voluntad en forma de decisiones vinculantes de ejercicio del poder estatal. El artículo 20.2 GG cita dos modos de legitimación, *Elecciones* (1) y *Votaciones (Abstimmungen)* (2). Ambos constituyen puntos de encuentro entre el ámbito del Estado como organización y el ámbito de la sociedad: el proceso completo es ejercicio del poder estatal. El ciudadano votante individual participa en él «como miembro del órgano estatal “pueblo” en *status activus*»⁸⁵. Con ello, sin embargo, no se convierte en funcionario de un órgano público, de modo que los deberes jurídicos como, por ejemplo, la obligación de neutralidad, no existen para él⁸⁶. En cualquier caso, los resultados de las elecciones o votaciones (*Abstimmungen*), de acuerdo con su concreto rango en el ordenamiento federal o estatal, deben ser compatibles con el Derecho jerárquicamente superior.

La posición paralela de las elecciones y las votaciones (*Abstimmungen*), en el artículo 20.2 GG, esconde que sus efectos legitimadores están estructurados de distinta manera: en tanto que en las votaciones (*Abstimmungen*) se trata de la decisión de cuestiones materiales concretas, y con ello de una legitimación puntual, las elecciones a los Parlamentos establecen un canal de legitimación autónomo que durante la legislatura debe establecer e instrumentar legitimación por sí mismo. La teoría clásica de la legitimación obvia a veces la fluidez y la permanencia de estos procesos. Sobre todo el especial énfasis en la función legislativa del Parlamento trabaja con concepciones legitimadoras excesivamente esquemáticas. Hans MEYER ha demostrado recientemente de forma convincente que la función principal del Parlamento es la representación del pueblo, la cual encuentra su fundamento en las elecciones, pero no se satisface sino con una vinculación (*Rückkoppelung*) permanente⁸⁷.

⁸⁴ BVerfGE, loc. cit., 59.

⁸⁵ BVerfGE, 83, 60 (71).

⁸⁶ Cfr. H. MEYER: «Demokratische Wahl und Wahlsystem», *HSiR*, vol. 2, § 37, Rn. 4.

⁸⁷ H. MEYER: *Stellung der Parlamente* (N 14), § 4, Rn. 9 y ss.

1. Elecciones

Elecciones, en el sentido del artículo 20.2 GG, son decisiones sobre la provisión personal de órganos estatales tomadas por el pueblo de forma inmediata y que se repiten periódicamente. «La elección proporciona la necesaria legitimación democrática, porque, movilizándolo a la globalidad del pueblo, representa la más general conexión con el poder estatal, y al mismo tiempo, a diferencia de otras conexiones, se encuentra organizada estrictamente desde el punto de vista de la igualdad democrática y porque posee vinculatoriedad»⁸⁸.

Como modo de legitimación democrática actúan, sobre todo, las elecciones al Parlamento a nivel federal y estatal. Para las representaciones populares que de ellas surgen se puede hablar, como concepto heurístico, de una ventaja (*Vorsprung*)⁸⁹ de legitimación frente a los otros órganos cuyos miembros son provistos por el Parlamento o a partir de éste. Pero esta ventaja no desemboca en una reserva global y general a favor del Parlamento⁹⁰. Fórmulas tempranas del TCF que iban más allá pueden considerarse corregidas⁹¹: «El concreto ordenamiento de la división y equilibrio del poder estatal, que sin duda la GG quiere proteger, no puede ser desplazado por un monismo de poderes falsamente derivado del principio democrático en la forma de una reserva universal del Parlamento». Sin duda, sin embargo, el plus, la ventaja de legitimación de la representación popular es un *topos* de interpretación cuando se trata del desarrollo y aplicación de los preceptos competenciales que de forma especial tienden a la consecución de legitimación inmediata; pero una presunción de competencia general no surge de ello⁹².

El artículo 28.1, frase 2, GG, equipara a las elecciones al Parlamento las elecciones a los órganos representativos de las corporaciones locales. Ellas son también instrumentos de legitimación democrática. Que se trate de la legitimación de órganos ejecutivos y no legislativos no altera nada. El principio democrático como tal no exige por sí mismo la existencia de elecciones para la Administración local, pero la cláusula de equiparación citada que las sitúa como elemento básico de la legitimación democrática lleva a que ellas mismas deban, a su vez, respetar los estándares de dicha legitimación. A éstos pertenecen la re-

⁸⁸ H. MEYER: *Demokratische Wahl* (N 86), § 37, Rn. 4.

⁸⁹ El concepto en HERZOG, en Maunz y Dürig (N 28), Art. 20, II, Rn. 76.

⁹⁰ Exhaustivamente STAUPE: *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, 1986, pp. 163 y ss.; similar HERZOG, en Maunz y Dürig (N 28), Art. 20, II, Rn. 76 y ss.

⁹¹ *BVerfGE*, 68, 1 (86); SCHMIDT-ASSMANN: *Rechtsstaatsprinzip* (N 12), § 24, Rn. 64 y ss.; OSSENBÜHL: «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *HSiR*, vol. 3, § 62, Rn. 48 y ss.

⁹² H. H. KLEIN: «Der Bundestag», *HSiR*, vol. 2, § 40, Rn. 2; STERN: *Staatsrecht*, vol. 2, 1980, pp. 42 y ss.

ferencia al concepto constitucional de pueblo como sujeto de legitimación y la libertad de mandato de los elegidos, que es un elemento irrenunciable de la democracia representativa en las tres esferas administrativas territoriales. Precisamente en la prohibición de mandato imperativo y la orientación de los elegidos al bien común se demuestra que el concepto de legitimación de la Ley Fundamental no se orienta a una vinculación cuantitativamente lo más estricta que sea posible, sino a una plasmación cualitativa.

Dudoso resulta si junto a las elecciones a los Parlamentos y a los órganos representativos municipales las elecciones pueden introducirse en referencia a otros órganos administrativos y ser reconocidas como un modo de legitimación permisible. Puede pensarse, por ejemplo, en la elección popular de determinados comisionados, por ejemplo, el Comisionado para la protección de datos (*Datenschutzbeauftragter*). A nivel federal podría oponerse a ello el hecho que el supuesto paralelo de las «votaciones» (*Abstimmungen*) se encuentra sometido en la Ley Fundamental a un *numerus clausus* de casos, sin que, en la opinión mayoritaria, la ley pueda ampliar dicho listado⁹³. Sin embargo, una interpretación restrictiva de esta objeción se justifica en determinadas consideraciones: en la prohibición de votaciones se trata de proteger el trabajo de los órganos parlamentarios representativos frente a decisiones intervinientes, materiales e inmediatas, del pueblo en temas centrales. Similares injerencias en el proceso de formación de la voluntad parlamentaria no tendrían lugar en caso de elecciones directas por el pueblo de determinados titulares de órganos por un tiempo limitado. Sin duda, tales titulares deberían someterse también a un mínimo nivel de control para alcanzar el grado de legitimación exigible. Las *Constitutiones de los Länder* son en esto más flexibles. La elección popular de, por ejemplo, un presidente del *Land* resulta compatible con el principio de homogeneidad del artículo 28.1, frase 1.ª, GG⁹⁴. Igualmente la elección directa, prevista en algunos *Länder*, de los alcaldes y los *Landräte* *, es un modo de legitimación en el sentido del artículo 20.2 GG

⁹³ STERN: *Staatsrecht*, vol. 2, p. 16; KRAUSE: «Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie», *HSrR*, vol. 2, § 39, Rn. 11 y ss.

⁹⁴ KRAUSE: *Unmittelbare Demokratie* (N 93), § 39, Rn. 20.

* (*N. del T.*) Los *Landräte* son, en la mayor parte de los *Länder* alemanes, el órgano superior de la Administración del distrito (*Kreis*). Se trata de órganos locales (excepto en Hesse y en Schleswig-Holstein, donde son órganos del *Land*). Su modo de elección y competencias difiere en los distintos *Länder*. En cuanto a la elección, la regla general es la elección por la asamblea del *Kreis*, con distintas posibilidades de intervención por parte del *Land*; sin embargo, en Baviera se trata de una elección directa por el pueblo (Art. 31, I, 2, KrO: Kreisordnung). Por lo general (si bien las diferencias entre los *Länder* existen y son en ocasiones importantes) asume simultáneamente funciones de dirección de la Administración del *Kreis* y actúa como órgano inferior de la Administración del *Land*, desempeñando esencialmente funciones de inspección (*Rechts- und Fachaufsicht*) sobre los municipios. (Vid. SCHMIDT-JORTZIG: *Kommunalrecht*, 1982, Rn. 316 y ss.)

permitido y utilizable. No son, en cambio, elecciones en el sentido de este precepto las mediatas, indirectas, es decir, las llevadas a cabo por los representantes previamente escogidos. Estas son actuaciones de ejercicio del poder estatal organizado, siendo indiferente que las tomen colegios electorales parlamentarios o administrativos. Tampoco es propiamente una elección la provisión de órganos en correspondencia con una relación de fuerzas expresada en unas elecciones.

2. Votaciones (Abstimmungen)

Votaciones en el sentido del artículo 20.2, frase 2.ª, GG, son expresiones de voluntad del pueblo en relación a cuestiones materiales⁹⁵. La GG cita las formas, distintas en su intensidad de vinculación y eficacia, de la iniciativa legislativa popular (*Volksbegehren*), el referéndum consultivo (*Volksbefragung*) y el vinculante (*Volksentscheid*), pero limita su intervención a casos de reorganización del territorio federal (arts. 29, 118 GG). Las Constituciones de los *Länder* amplían su ámbito de aplicación a reformas de la Constitución, a determinados procesos político-estatales como disoluciones del Parlamento del *Land* e iniciativas legislativas, a la aprobación de leyes o a su refrendo⁹⁶. Determinadas materias, por ejemplo, leyes tributarias y retributivas, se exceptúan a menudo por razones de protección de la distancia democrática, de la posibilidad de regulación por votación popular. Las correspondientes instituciones del Derecho municipal, que posibilitan una potestad reglamentaria directa por el pueblo⁹⁷, deben incluirse sistemáticamente en este apartado y significan formas específicas de aparición de la legitimación democrática.

Para el orden jurídico-administrativo de la legitimación es especialmente significativa la normación directa por el pueblo a través de referéndum vinculante (*Volksentscheid*). Esta introduce una variante en la legitimación objetivo-material de las decisiones administrativas que abrevia la cadena de legitimación en relación a la programación parlamentaria. Sin embargo, las normas aprobadas en un referéndum vinculante (*Volksentscheid*) no reciben por ello un rango jurídicamente superior⁹⁸. Para las decisiones municipales aprobadas en forma de referéndum vinculante (*Volksentscheid*) local rige, como para todo otro tipo de actividad local, la vinculación global a la Ley y el Derecho (art. 20.3 GG). En tanto que no existan reglas especiales, los resulta-

⁹⁵ STERN: *Staatsrecht*, vol. 2, p. 13.

⁹⁶ Sobre ello KRAUSE: *Unmittelbare Demokratie* (N 96), § 39, Rn. 21.

⁹⁷ Las referencias en SCHMIDT-ASSMANN: en V. Münch (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 160 y ss.; KRAUSE: *Unmittelbare Demokratie* (N 93), § 39, Rn. 24.

⁹⁸ Así también STERN: *Staatsrecht*, vol. 2, p. 16.

dos de la normación directa por el pueblo se encuentran sometidos a la competencia de reforma de los órganos de normación habitual según el esquema de la *lex posterior*⁹⁹. Sin embargo, una derogación temporalmente inmediata sería en todo caso fraudulenta.

IV. LOS SISTEMAS DE LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Las decisiones de voluntad del pueblo tomadas en elecciones y votaciones (*Abstimmungen*) deben plasmarse a través de los canales de legitimación de los órganos específicos citados en el artículo 20.2, frase 2.ª, GG. Con ello se fija constitucionalmente un *sistema de conexiones* (*Zurechnungszusammenhang*), para el que se ha desarrollado la concepción de una cadena ininterrumpida de legitimación desde el pueblo a los órganos y administradores encargados de funciones estatales¹⁰⁰. «Ello presupone que el pueblo tiene una influencia efectiva en el ejercicio del poder estatal por parte de estos órganos, cuyos actos deben, por tanto, poder reconducirse a la voluntad del pueblo, responsabilizándose los órganos ante éste»¹⁰¹. La efectividad de la canalización de la legitimidad se refiere, por tanto, a dos elementos: la nitidez de la reconducibilidad (*Rückführbarkeit*), explicable más bien cuantitativamente, y la responsabilidad, que muestra una determinada cualidad de la decisión.

1. Sobre la estructura del sistema

En este contexto son efectivos diversos mecanismos de canalización, que se califican como legitimación objetivo-material, como legitimación personal y como legitimación funcional e institucional¹⁰². Estos son conceptos simplificadores pero gráficos, tras los cuales se encuentran instituciones y procedimientos muy diferentes. Con ellos se pretende analizar y hacer jurídicamente manejable la legitimación, como proceso de canalización y reconducción.

Existen aquí, naturalmente, problemas de delimitación, pues sectores considerables del derecho ordinario son incardinados en el ordenamiento constitucional de la legitimación, de modo que la cesura entre Derecho constitucional y legalidad ordinaria tiende a desdibujar-

⁹⁹ BRAUN: *Kommentar zur Verfassung des Landes Band-Württemberg*, 1984, Art. 61, Rn. 18; MEDER: *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 3.ª ed., 1985, Art. 72, Rn. 1; parcialmente distinto, PEINE: *Staat*, 18 (1979), pp. 375 y ss., 390 y ss.

¹⁰⁰ BVerfGE, 47, 253 (275); 77, 1 (40 y 83).

¹⁰¹ BVerfGE, 83, 60 (72).

¹⁰² BVerfGE, 83, 60 (72); BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 14 y ss.; EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 42 y ss.; OEBBECKE: *Weisungsfreie Räume* (N 28), pp. 76 y ss.

se. Tales dificultades nos son ya familiares en relación al principio de Estado de Derecho. Para el principio democrático, que es dependiente de la organización y el procedimiento en grado aún mayor que el Principio de Estado de Derecho, las dificultades se presentan todavía más evidentes. La concretización de la Constitución no es un simple proceso de deducción que se pueda desmembrar en cada fase en componentes constitucionales y meramente legales. Aun así, en los procesos de legitimación conformados por el Derecho infraconstitucional, pueden distinguirse algunos elementos fundamentales que son presupuestos constitucionalmente y, en consecuencia, no pueden ser libremente alterados. Importantes contribuciones concretizadoras para la configuración jurídica de la organización surgen de las Constituciones de los *Länder*.

Globalmente no pueden seguirse aquí concepciones demasiado mecánicas. Ya en cuanto a los modos de legitimación se ha mostrado que el orden de legitimación de la Administración no está construido monolíticamente. Lo que se encuentra «preestructurado» como elecciones y votaciones (*Abstimmungen*) en el artículo 20.2 GG se ve ampliado por el artículo 28 GG y por las Constituciones de los *Länder* a un sistema de legitimación complejo, con más elementos. Ya los titulares de autonomía territorial (art. 28.2 GG) enriquecen el orden de legitimación de la Administración en nuevos elementos de conexión (*Zurechnungszusammenhänge*), a través de las que se canaliza la legitimación ¹⁰³. Uno de los resultados más importantes de las decisiones del TCF de 31 de octubre de 1990 es el hecho que ahora también las fuentes de legitimación de las corporaciones locales han sido incluidas por el TCF en la unicidad (*Einheitlichkeit*) de los fundamentos de la legitimación democrática. En consecuencia, también los distritos (*Kreise*) y municipios tienen, sin perjuicio de su pertenencia al ejecutivo, su identidad democrática insoslayable ¹⁰⁴: «El principio democrático contenido para la esfera estatal en el artículo 20.2 y en el artículo 28.1, frase 1.ª, GG, encuentra, gracias al artículo 28.2, frase 2.ª, su configuración para municipios y distritos (*Kreise*)». La centralidad del Parlamento en las concepciones sobre la legitimación, enfatizada frecuentemente por la heredada teoría de la legitimación, ha sufrido cierta corrección por las últimas afirmaciones del TCF: para el amplio e importante sector administrativo de la Administración local debe tras ellas partirse de forma más clara que antes de una *legitimación dual*, en la cual se mueven la legitimación canalizada a través del Parlamento y aquella originaria de tal Administración ¹⁰⁵.

¹⁰³ Sobre esto, ARNIM: *AöR*, vol. 113 (1988), pp. 1 y ss.; ARNIM: *DöV*, 1990, pp. 85 y ss.

¹⁰⁴ *BVerfGE*, 83, 37 (55).

¹⁰⁵ Sobre ello, de forma convincente, JANSSEN: *Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts*, 1990, pp. 128 y ss., en especial, 152 y ss.; DREIER (N 6), pp. 121 y ss., y 159 y ss.

2. Legitimación objetivo-material

La legitimación objetivo-material instrumenta la vinculación del ejecutivo a *presupuestos materiales* de las decisiones de voluntad, determinados por el pueblo directamente o por sus representantes. Y lo hace a través de un subsistema específico compuesto de técnicas de dirección y control preventivas y, *a posteriori*, directas e indirectas. Junto a la legitimación a través del Parlamento (a), se muestra aquí la significación de la autonomía local, cuya dirección y control dual debe observarse hoy como la segunda forma estándar de legitimación objetivo-material (b).

a) Legitimación centrada en el Parlamento

Es ésta la forma clásica de legitimación objetivo-material de la Administración:

a) Entre las formas de dirección *a priori* corresponde a la ley parlamentaria una función clave. Tradicionalmente, y también en la actualidad, es el medio más importante de legitimación material. La nueva crítica de la legislación y la aplicación de la ley no ha alterado en conjunto y en sus resultados nada de ello. La vinculación del Ejecutivo a la ley es el núcleo no sólo del Derecho administrativo del Estado de Derecho, sino también del Derecho administrativo democrático¹⁰⁶. Sus expresiones dogmáticas en las doctrinas de la primacía de la ley, de la reserva de ley y de la determinación de ésta tienen, en consecuencia, una doble función, en tanto que, junto a la previsibilidad de las decisiones administrativas propia del Estado de Derecho, deben garantizar su dirección y controlabilidad parlamentaria. Sin duda debe atenderse a una diferente acentuación en función del principio dominante: para el Estado de Derecho la reserva de ley es ante todo una reserva de norma jurídica; para la democracia se trata de una reserva de Parlamento. De forma correspondientemente diferenciada deben configurarse los elementos de garantía y de complemento. Desde el punto de vista del Estado de Derecho puede resultar adecuado considerar compensable la indeterminación de los preceptos directores legales a través de la actuación de los tribunales. Bajo la consideración democrática-legitimadora, en cambio, el Tercer Poder, con sus propios problemas de legitimación, no es necesariamente el garante natural.

¹⁰⁶ Síntesis en Ossenbühl, «Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes», *HSiR*, vol. 3, § 62, Rn. 32 y ss.; SCHULZE-FIELITZ: *Gesetzgebung* (N 8), pp. 198 y ss., 207 y ss.

Aquí son significativas otras instituciones a las que el Derecho administrativo tradicional ha prestado poca atención hasta hoy.

b) Debe también aludirse al *derecho presupuestario*. Especialmente para la Administración prestacional, a menudo sólo débilmente dirigida por la ley, los más importantes medios de control y dirección del Parlamento se encuentran en el Plan presupuestario y la Ley de Presupuestos. Estos son complementados con las posibilidades de someter la ejecución presupuestaria anual por parte del Ejecutivo a un control especialmente detallado por parte de la comisión parlamentaria competente a través del bloqueo (*Sperrvermerke*) * y reserva de autorización de determinadas partidas ¹⁰⁷.

c) Para la legitimación objetiva de las decisiones administrativas a adoptar por parte de los órganos administrativos subordinados son también de importancia las *posibilidades de dirigirles circulares* por parte de la cima ministerial, y la dirección a través de una tupida red de instrucciones (*Verwaltungsvorschriften*) ¹⁰⁸. La adopción de tales preceptos es, sin duda, desde un punto de vista dogmático, normación autónoma del Ejecutivo. Por tanto, cobran significado en cuanto a la legitimación de sus destinatarios sólo en tanto que representan decisiones del Gobierno, instancia más cercana al Parlamento.

d) Para la legitimación objetiva son además importantes todos aquellos instrumentos con los cuales se garantiza *a posteriori* la responsabilidad parlamentaria. A nivel del Gobierno se trata de los derechos parlamentarios de control y enmienda. Para la Administración subordinada la responsabilidad se actualiza, sobre todo, a través de la inspección (*Aufsicht*). Todo sector (*Zweige*) de la Administración pública debe estar sometido por lo menos a un control de legalidad (*Rechtsaufsicht*) ¹⁰⁹. No pueden existir sectores «autónomos», libres de él. Se trata del reverso de la existente vinculación de la Administración al Derecho, y como ésta, de un punto esencial en el que confluyen Estado de Derecho y Democracia. Por el contrario, los controles de oportunidad ponen de manifiesto, de forma similar a las instrucciones administrativas, el peso de la cumbre del Ejecutivo en sí mismo considerado. Para la legitimación objetiva poseen, pues, una significación tan sólo indirecta. La siguiente contribución a la realización *a posteriori* de

* (N. del T.) La *Sperrvermerke* constituye una institución del derecho presupuestario alemán que consiste en el sometimiento de la ejecución de determinadas partidas presupuestarias de gasto a una necesaria autorización previa expresa por parte del Parlamento, bien por el Pleno, bien por una o más Comisiones (§ 22 BHO: *Bundeshaushaltsordnung*). (Vid. sobre todo ello, G. KISKER: «Staatshauhalt», *HSfR*, § 89, Rn. 54 y ss.)

¹⁰⁷ Sobre ello, sistemáticamente, HEUN: *Staatshaushalt und Staatsleitung*, 1989.

¹⁰⁸ Sobre ello, LOSCHELDER, *Weisungshierarchie* (N 82), § 68, Rn. 3 y ss.; en puntos concretos también, EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 337 y ss., 344 y ss.

¹⁰⁹ Para la Administración autónoma funcional, BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 34.

la legitimación objetiva la proporcionan los controles presupuestarios parlamentarios y su preparación por el control de cuentas (*Rechnungsprüfung*)¹¹⁰. El abanico de instrumentos y parámetros a su disposición es mayor que el del control de legalidad (*Rechtsaufsicht*). Junto a la legalidad y corrección objetiva de la actividad de gasto se controlan también el ahorro y la eficiencia. En forma de dictámenes de las Cámaras de Cuentas (*Rechnungshöfe*) el control de cuentas enlaza con los medios del control preventivo. La independencia de los miembros de las Cámaras, exigida constitucionalmente (y que existe también frente a la influencia del Parlamento) pone de manifiesto también que la legitimación en el modelo constitucional de ningún modo encuentra necesariamente su nivel óptimo en un sistema lo más inmediato posible, sino que debe componerse a partir de elementos de filtración de las influencias.

b) *Administración autónoma local*

En la Administración local existe un sistema de conexiones (*Zurechnungszusammenhang*) dual: la reconducción de la decisión administrativa concreta al pueblo y sus representantes directamente elegidos tiene lugar, por un lado, a través de la vinculación a la ley parlamentaria, tal como ocurre en toda actuación administrativa, pues como parte del Ejecutivo, siendo entidades administrativas autónomas, se encuentran a ella sometidos. Pero además debe prestarse atención a la vinculación a los actos normativos de la representación popular municipal, la cual encuentra su expresión en ordenanzas, otras normas municipales y en los planes presupuestarios. A ella corresponde un sistema de control municipal propio, incluido un control de cuentas.

Fundamento de este modelo dual es una red de relaciones extraordinariamente fina entre la ley parlamentaria y la *ordenanza municipal*¹¹¹. Por un lado, los actos normativos municipales son formas de actuación administrativa, pues los órganos locales representativos no son ningún Parlamento¹¹². En consecuencia, deben respetar la primacía y la reserva de la ley. No puede fundamentarse una dispensa de estos fundamentales mandatos del Estado de Derecho a partir de la referencia a la legitimación democrática propia del Consejo municipal. La ley parlamentaria cumple en el ámbito local funciones de necesaria

¹¹⁰ HEUN: *Staatshaushalt* (N 107), pp. 499 y ss., 503 y ss.

¹¹¹ OSSENBÜHL: «Satzungen», *HSiR*, vol. 3, § 66, Rn. 26 y ss., SCHMIDT-ASSMAN: *Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981, pp. 4 y ss.

¹¹² *BVerfGE*, 65, 283 (289); 78, 344 (348); JANSSEN: *Grenzen des Zugriffsrechts* (N 105), pp. 147 y ss.

garantía de la distancia y de la incardinación de la parte de pueblo localizada territorialmente en la voluntad global estatal. Por otro lado, el legislador parlamentario debe respetar en la formulación de los programas de dirección en forma de leyes el espacio de decisión autónoma reconocido a las corporaciones locales (art. 28.2 GG), así como sus propias fuentes de legitimación¹¹³. Ello conduce a una configuración específica en relación al ámbito local de la exigencia de determinación para aquellos supuestos legales que deban ser concretados por ordenanzas locales. La legitimación objetiva derivada del Parlamento se retrae conscientemente y se ve parcialmente compensada por las formas municipales propias de reconducción al pueblo. Globalmente la legitimación dual de la Administración local a través de la ley y de las propias ordenanzas se ha construido de forma *asimétrica*, en cuanto que la vinculación a la ley y la vinculación a las ordenanzas no se encuentran al mismo nivel. Pero ello conduce a un plus democrático que no tiene que existir en los órganos estatales subordinados a los reglamentos administrativos.

3. *Legitimación personal*

La legitimación personal se ocupa de la vinculación existente entre la persona del titular del órgano administrativo encargado del ejercicio del poder estatal y el titular del poder estatal.

a) *Supuesto fundamental: designación*

La doctrina mayoritaria refiere esta vinculación de forma especialmente destacada al *acto de designación*. Según esto resulta personalmente legitimado quien puede reconducir su posición orgánica a la elección popular o bien por un órgano a su vez legitimado. La cadena de la designación es, al menos en la Administración estatal, una cadena mediata, normalmente compuesta de plurales eslabones. El que la menor longitud de dicha cadena proporcione una más alta dignidad democrática es un juicio de valor político que no encuentra apoyo en la dogmática jurídica. Sin embargo, sí que la cadena debe ser continua y consistir en actos de designación individuales¹¹⁴. No se exige la igualdad formal del acto de legitimación: elección y designación pueden combinarse y limitarse. Aquéllos designados pueden a su vez proporcionar la legitimación a un colegio de electores; designados y elegidos

¹¹³ Sobre ello, JANSSEN: *Grenzen des Zugriffsrechts* (N 105), pp. 129 y ss.

¹¹⁴ BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 16.

pueden legitimizar a través de decisiones conjuntas o separadas. Pero un órgano colegiado surgido de elecciones generales puede canalizar la legitimación democrática sólo a través de un acto atribuible a él en su conjunto ¹¹⁵. Precisamente en la Administración local se encuentra una gran variedad de formas para la legitimación por elección mediata y a menudo a lo largo de diversos eslabones; por ejemplo, para los miembros de comisiones o de asambleas de corporaciones asociativas locales. En conjunto, la concepción de una cadena aparece como formal ciertamente, pero percible.

— *Principio de continuidad*

El peligro de rupturas de la cadena surge especialmente allí donde se confieren derechos de participación en la designación de titulares de órganos administrativos a instancias no suficientemente legitimadas, que determinan con su influencia decisiva la designación por parte del órgano de elección legitimado ¹¹⁶. Así, los derechos de nombramiento por parte de instancias no legitimadas, los cuales dejan al órgano legitimado una labor de mera ejecución formal, son inadmisibles. Lo mismo debe decirse de las reservas de autorización, siempre que la autorización no pueda suplirse por una tercera instancia, ésta sí, legitimada. Por otro lado, toda intervención de instancias no legitimadas no resulta por sí misma inadmisibles. Los derechos de audiencia, las regulaciones procedimentales, el derecho a proponer otros candidatos y la previsión de un veto suspensivo no cuestionan todavía el principio de continuidad en la legitimación. Los derechos de propuesta de terceros son tolerables en tanto que a la instancia legitimadora le reste una elección entre, por lo menos, dos candidatos o un derecho de rechazo o de sustitución que no se limite a un mero control de legalidad. Si los candidatos han sido escogidos por un órgano dotado de legitimación, disponen entonces a su vez de la necesaria legitimación personal, aun cuando hayan sido designados como representantes de algún grupo. No surge en estos últimos casos la problemática de una legitimación participativa o autónoma paralela a la legitimación democrática del artículo 20.2 GG ¹¹⁷. La incorporación de representantes de las fuerzas sociales entre los potenciales ocupantes de un cargo administrativo democrático legitimado, en consecuencia, no debe necesariamente justificarse en razones constitucionales, sino que basta la razonabilidad político-administrativa. Sin embargo, en la configuración del régimen del

¹¹⁵ BVerfGE, 38, 258 (271).

¹¹⁶ BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 20; HERZOG (N 28), Art. 20, II, Rn. 55.

¹¹⁷ Sobre ello, C.II y III; cfr. también BVerfG DVBl, 1991, 261 y ss., 264 y ss.

órgano así legitimado debe cuidarse especialmente que éste no se considere de forma dominante como representante de intereses específicos.

— *Principio de la designación individual*

También se exige que cada uno de los titulares del órgano sea legitimado individualmente a través de un acto de designación¹¹⁸. La normación únicamente de la regulación abstracta del cargo es una condición necesaria, pero no suficiente, para el respeto de este mandato. Por esta razón, las previsiones legales referidas a determinados grupos de personas u oficios no llevan a una legitimación personal de aquéllos así encargados de funciones estatales. La provisión individual significa que el órgano encargado de la designación puede examinar suficientemente las características individuales del futuro titular y valorarlas en la decisión de provisión.

— *Capacidad para legitimar (Legitimationsbefugnis)*

La efectiva canalización de legitimación personal presupone una competencia específica para ello. A los órganos representativos de la Administración autónoma local les corresponde de acuerdo a su competencia general sin necesidad de adjudicación específica; sin embargo, no pueden complementarse a sí mismos. Por ello, la designación de ciudadanos expertos en comisiones decisorias está limitada a una participación asesora. Tal posibilidad no se encuentra incluida implícitamente en la designación del puesto superior en la Administración estatal, sino que se deriva del título específico de potestad sobre el personal a su servicio. Tampoco la mera estructura colegial, sin una atribución competencial específica, fundamenta en la Administración estatal directa la capacidad de designar los puestos de dirección. Los profesores de un colegio no pueden, por su propio derecho, escoger a su director. Contra la carencia de capacidad de legitimar, en ningún caso implícita, chocan también los deseos de los funcionarios públicos de codecidir en cuestiones de personal, siempre que no exista una provisión específica en el ordenamiento. Y tampoco puede surgir una capacidad de legitimación por acuerdo o dejación en terceros del órgano que la posee. El propio legislador no está en disposición de vincular libremente la provisión de determinado cargo con la posibilidad de que el titular legitime a nuevos órganos. Prevalece en cualquier caso

¹¹⁸ HERZOG (N 28), Art. 20, II, Rn. 52 y ss.; especialmente para la provisión de los miembros de los órganos colegiados, BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 17 y ss.; OEBBECKE: *Weisungsfreie Räume* (N 28), pp. 92 y ss.

el principio de homogeneidad estructural de los criterios de legitimación: sólo puede atribuirse competencia para la posterior canalización de legitimación a partir de fundamentos que respeten la amplitud del mandato de persecución del bien común presente en el artículo 20.2 GG. Los titulares de órganos administrativos, sin perjuicio de su propia legitimación, no pueden proporcionar legitimación personal a otros para la persecución de sus intereses particulares. De lo contrario, resultarían dislocaciones que pondrían en peligro la continuidad del sistema de derivación de legitimación (*Ableitungszusammenhang*).

b) *Precauciones para una vinculación duradera*

La legitimación personal versa, como toda legitimación democrática, sobre la garantía duradera de la calidad democrática de las decisiones. Por ello, no puede agotarse en la concepción de una cadena de actos de designación. La *idea (Gedanke) del cargo (Amt)* cobra aquí su significación, insustituible para la democracia de la Ley Fundamental. Como regulación del cargo fijada normativamente representa el marco de la legitimación personal implícito en la Constitución ¹¹⁹. «En el cargo (*Amt*) se organiza el servicio objetivo, fiel y responsable a la generalidad. La asunción jurídica y ética del deber por parte del titular del órgano sirve a la definición y persecución de la voluntad objetivada de la generalidad, independientemente de la voluntad subjetiva del titular». Este proceso tiene lugar, naturalmente, no sólo por sí mismo, sino que exige, y viene exigido por previsiones y precauciones destinadas a garantizar los factores reales de la legitimación personal de forma que impregnan la autoconsideración que de sí tienen los legitimados. Tales precauciones son parcialmente distintas para los cargos de la Administración jerárquica y para los mandatarios escogidos. A respetar por ambos grupos son las *regulaciones sobre imparcialidad*. Para los cargos del primer grupo se encuentran en los §§ 20, 21 *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetz*: Ley sobre el Procedimiento Administrativo); para mandatarios escogidos, los reglamentos municipales contienen un prototipo de estas reglas. Preceptos de este tipo aseguran la necesaria distancia del administrador frente a las concretas situaciones y fuerzas sociales implicadas. Para los funcionarios administrativos, generalmente activos de por vida, existen además importantes deberes propios del servicio referidos a la *neutralidad* política y un desempeño del cargo no dirigido al provecho propio (§§ 35, 36 *BRRG*: *Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts*: Ley de Bases sobre la Unificación del Derecho de los Funcionarios). También la cotidiana in-

¹¹⁹ En adelante, ISENSEE: *Gemeinwohl* (N 24), § 57, Rn. 60 y ss.

cardinación del funcionario individual en un cuerpo público regido por las reglas de la profesionalidad y la carrera administrativa es un factor importante en la praxis de la legitimación personal. Por el contrario, los mandatarios designados lo son normalmente sólo por tiempo determinado, de modo que una legitimación personal fundamentada en el acto de designación resulta más claramente determinada. Pero también aquí son necesarios determinados estabilizadores; éstos resultan de aquellas reglas que deben moldear una específica configuración del mandato: el deber de un desempeño del cargo consciente y no partidista y el deber de discreción ¹²⁰. Para los miembros de los órganos representativos locales, directamente elegidos por el pueblo, surgen la no vinculación a mandato ni instrucción y sí solamente a sus convicciones tal como resultan determinadas por el bien público.

4. Legitimación institucional y funcional

Esta tercera forma de la legitimación administrativa presupone una posición especial. Esto se refiere, por un lado, a su fundamento. Institucionalmente el Ejecutivo está legitimado en tanto que la Constitución determina y configura por sí misma su posición y su función como órgano específico dentro de la separación de poderes. OSSENBÜHL, que ha analizado esta forma de legitimación, deriva de ello la posición específica del Ejecutivo respecto de los otros poderes ¹²¹: «Como poderes constituidos, todos los órganos constitucionales (*Staatsorgane*) se encuentran institucionalmente legitimados de forma democrática en igual grado por el acto constitucional». El TCF ha confirmado en múltiples ocasiones esta afirmación de la Sentencia Kalkar de 8 de agosto de 1974 ¹²². Ha devenido especialmente importante para la recta determinación de la función de control de los tribunales frente al Ejecutivo ¹²³. La posición específica del Ejecutivo subraya que el segundo poder no debe ser un poder totalmente dirigido ni totalmente controlado. Por el contrario, no dice nada sobre la jerarquía de los poderes. En concreto, no coloca al Parlamento y al Ejecutivo al mismo nivel. No altera en nada la ventaja de legitimación (*Legitimationsvorsprung*) que corresponde al Parlamento como representación del pueblo. Con los concretos elementos de conexión que se incluyen bajo los conceptos de legitimación personal y de legitimación objetiva parece por de

¹²⁰ De forma más restrictiva en cambio, LANGE: «Über die Verschwiegenheitspflicht ehrenamtlicher kommunalpolitiker», en *Giessener rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 6, 1990, pp. 359 y ss., 364 y ss.

¹²¹ OSSENBÜHL: *Verwaltungsvorschriften* (N 28), p. 197.

¹²² BVerfGE, 49, 89 (125); 68, 1 (88).

¹²³ BVerfGE, 61, 82 (115).

pronto tener poco que ver una interpretación así orientada de la legitimación institucional. Tal interpretación, en cambio, dirige mucho más la mirada a las *específicas distintas funciones (Funktionsweisen)* de la Administración. El artículo 20.2, frase 2.ª, contempla el Ejecutivo como una función estatal específica en razón de su especial capacidad y límites de actuación. Por ello, se habla con acierto de «legitimación institucional y funcional» en el sentido de un concepto doble.

a) *Aplicación de la ley, no mera ejecución*

Con ello se subraya la afirmación general metodológica según la cual la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, y por ello la aplicación administrativa no puede ser comprendida adecuadamente con una teoría de la mera ejecución. Esta afirmación se encuentra implícita en el modelo de legitimación, así como en el modelo de la vinculación al Derecho ¹²⁴. El inevitable carácter abierto del supuesto de hecho de la ley no es, por tanto, un elemento patológico, sino anormal en el sistema de legitimación querido por la Constitución. Consecuentemente ni señala el desvanecimiento del ámbito de la legitimación administrativa constitucional, centrada en el Parlamento, ni hace necesario buscar fuentes de legitimación compensatoria para todo espacio libre dejado a la concreción por la Administración.

b) *Capacidad de actuación administrativa*

En la legitimación institucional se trata, por el contrario, de otorgar un lugar en el sistema de legitimación a aquellos factores que expresan las especificidades del Ejecutivo en el contexto del logro plural del bien común. Entre ellos se encuentran la *espontaneidad* del modo de actuación (*Handlungsauftrag*) administrativo, la amplitud del *instrumentario de actuación* disponible y una fuerte especialización de los órganos técnicos. Incorporando esta afirmación dice el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*BVerwG*) en la decisión *Whyl* de 19 de diciembre de 1985 ¹²⁵: «El Ejecutivo dispone no sólo frente al legislador, sino también frente a los tribunales, de formas de actuación jurídica que lo equipan mejor para la realización de los principios de defensa frente a los peligros y de prevención del riesgo lo más efectivas posible». Ya en la sentencia *Kalkar* se derivó de ello que un máximo en cuanto a vinculación a la ley en ningún modo constituye el óp-

¹²⁴ SCHMIDT-ASSMANN: *Rechtsstaatsprinzip* (N 12), § 24, Rn. 60; SCHULZE-FIELITZ: *Gesetzgebung* (N 8), pp. 143 y ss., 164 y ss.

¹²⁵ *BVerfGE*, 72, 300 (317).

timo constitucionalmente deseado, dada la especial capacidad de actuación del Ejecutivo ¹²⁶. La legitimación institucional del Ejecutivo subraya estas afirmaciones y clarifica el hecho de que el orden constitucional de la legitimación se fundamenta en dos principios: la reconducibilidad a la voluntad popular y la propia responsabilidad de los órganos y los titulares de las funciones, la cual se manifiesta en formas específicas de actuación, esquemas procedimentales y formas de organización. La estructura plural de la Administración, necesaria en el Estado moderno, no se excluye en consecuencia en el orden constitucional de la legitimación, sino que se incorpora en la legitimación institucional. El modelo jurídico-normativo de legitimación permanecería estático si se tomaran en cuenta únicamente los presupuestos constitucionales de los sistemas de creación y derivación de órganos (*Ableitungszusammenhänge*) sin tener en cuenta las previsiones jurídicas referentes a sus cotidianas posibilidades de actuación. Para el sistema de legitimación democrática, las instituciones de legitimación se encuentran en el derecho de la organización y del procedimiento administrativo, y, a su vez, tales ramas del ordenamiento deben constantemente reexaminarse a la luz de las exigencias del artículo 20.2 GG. En cualquier caso, las normas e instituciones del Derecho de la organización administrativa son parte integrante del sistema de legitimación democrática y no expresión de un concepto empírico de legitimación externo a éste. Para el concepto de «oficina» (*Amt*) y de «autoridad» (*Behörde*), así como para el concepto heredado y central en la organización administrativa de «órgano» esto es fácilmente asumible. Son cámaras de resonancia para las relaciones de dirección y derivación (*Steuerungs- und Ableitungszusammenhänge*) con el Parlamento. De importancia semejante para la comprensión institucional de la legitimación son también la configuración jurídica de las unidades administrativas autónomas, de los órganos colegiados compuestos de forma plural, de los comisionados de la Administración (*Verwaltungsbeauftragten*) y de la incorporación de expertos en el proceso administrativo de decisión. Precisamente la legitimación institucional como tercer tipo de un concepto normativo de legitimación es importante para asegurar la posibilidad de recepción del concepto en su globalidad frente a la práctica de la Administración, ello sin perjuicio de su carácter jurídico-normativo. Y a la inversa, las exigencias del artículo 20.2 GG inciden en una específica *responsabilidad de legitimación* por parte del Estado en tales procesos de decisión, aunque no sean propiamente expresión del ejercicio de un poder estatal, pero en los cuales se prefigura la decisión administrativa, como ocurre, por ejemplo, en el asesoramiento de expertos.

¹²⁶ BVerfGE, 49, 89 (139); últimamente y de forma exhaustiva, DREIER (N 6), pp. 159 y ss.

V. LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN

El artículo 20.2 GG exige que el pueblo tenga una efectiva influencia sobre el ejercicio del poder estatal a través de los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En este mandato de eficacia todas las formas de legitimación encuentran su referencia común. Se habla de un determinado «nivel de legitimación», que resulta necesario¹²⁷. El concepto se desarrolla en tres líneas:

1. Nivel de legitimación

En primer lugar debe señalarse que la legitimación democrática trata más de un sistema de relaciones institucionales que de la garantía de posiciones subjetivas individuales. Para el orden de legitimación democrática de la Ley Fundamental es esencial que el sistema en su conjunto garantice una suficiente canalización entre el pueblo como titular del poder estatal y las actuaciones de los órganos. Esto no significa que determinados casos de carencia de legitimación no puedan ser concretas vulneraciones de derechos. Sin embargo, la determinación de cuándo nos encontramos ante uno de estos casos surge a partir de un parámetro más amplio, apoyado en la efectividad institucional de la legitimación.

La exigencia de un nivel suficiente de legitimación pone de manifiesto también que no se trata de maximizar los posibles influjos del titular del poder estatal sobre los órganos que lo ejercitan. Construcciones importadas, como las que examinan el principio de Estado de Derecho desde el punto de vista de la efectividad no debieran aplicarse para el orden democrático de legitimación. Atender a la eficacia de la legitimación significa comprender en sus leyes de comportamiento (no necesaria ni únicamente jurídicas) los específicos, múltiples y plurales factores de influencia a partir de los que se construyen las relaciones de conexión y derivación (*Ableitungszusammenhänge*). Cuando esto sucede resulta claro que no existe un parámetro determinado de nivel de legitimación único para los tres poderes, ni tan sólo común para la totalidad de la Administración. El TCF recuerda en este contexto la diferencia entre el Gobierno, habilitado para la configuración política, y la Administración, ejecutora de la ley¹²⁸. También dentro de la Administración puede distinguirse, por ejemplo, entre Administración estatal y Administración local. En determinadas circunstancias

¹²⁷ BVerfGE, 83, 60 (72); exhaustivamente EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 327 y ss.; BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 23.

¹²⁸ BVerfGE, loc. cit., p. 72.

son específicas previsiones constitucionales las que limitan las posibilidades de influencia del Parlamento y del Gobierno, y con ello debilitan los canales habituales de legitimación.

El mandato de eficacia influye finalmente en la determinación de los actos del poder estatal necesitados de legitimación y establece dentro de una determinada banda una relación de correspondencia entre el contenido y la intensidad de la decisión, por un lado, y las exigencias de legitimación, por otro, según un esquema de proporcionalidad ¹²⁹. Problemas de valoración similarmente flexible e insegura son conocidos a partir de la llamada teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*). También se plantean para la problemática de la legitimación. Naturalmente una tal relativización del orden de legitimación no puede despojarle de su carácter normativo. En ningún caso podría reconocerse una desvinculación general de las exigencias de la legitimación en favor de las decisiones poco importantes, al modo de una «reserva de minucias» (*Bagatellenvorbehalt*) ¹³⁰. Igualmente tampoco debería hablarse precipitadamente de una «debilitada eficacia» ¹³¹ del mandato de legitimación en determinados sectores administrativos. El TCF lo formula con muchas cautelas ¹³²: «Si las funciones de un órgano tienen un contenido de decisión muy reducido, entonces puede resultar suficiente una legitimación democrática en la que determinados elementos de legitimación se retraigan. Sin embargo, esto puede suceder sólo si las competencias son en cuanto a su objeto y extensión delimitadas estrictamente y las decisiones a tomar se encuentran preconfiguradas en cuanto a su contenido de manera que se limitan a una ejecución controlablemente correcta del plan o la ley». El peligro de una relativización del concreto contexto legitimador de la decisión se intenta evitar con una estandarización en forma de principio del mandato de eficacia.

2. Posibilidades y límites de la compensación

El concepto del «nivel de legitimación» debe, por último, poner de relieve que las distintas formas de legitimación (objetivo-material, personal e institucional-funcional) no tienen un significado cada una aislada en sí misma, sino sólo en su interacción. En qué medida a partir de esta afirmación puede compensarse la carencia en una de las for-

¹²⁹ BÖCKENFÖRDE: *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974, pp. 71 y ss., 77 («distintos grados de intensidad de la legitimación democrática»).

¹³⁰ Así también OEBBECKE: *Weisungsfreie Räume* (N 28), p. 83.

¹³¹ Así —acertadamente en cuanto al fondo, pero problemático en cuanto a la expresión—, TETTINGER: *Mitbestimmung* (N 131); pp. 56 y ss.; en contra, *VerfGH NW* (Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia), *NVwZ*, 1987, pp. 211 y ss., 212.

¹³² *BVerfGE*, 83, 60 (74).

mas concretas a través del incremento en otra de ellas no puede responderse de forma unitaria. Fácilmente puede reconocerse la posibilidad de compensación allí donde los factores de legitimación se basan en concepciones sistemáticas (*Systemsgedanke*) comparables. Este es el supuesto cuando se trata de los factores que configuran la concreta forma de legitimación. Por el contrario, aparece más dudoso el supuesto de compensación *entre* las formas, y especialmente entre la legitimación objetivo-material y la personal.

La afirmación del TCF según la cual las citadas formas no tienen significación por sí mismas sino «sólo en su acción conjunta»¹³³, puede llevar a la conclusión de que sólo puede valorarse el sistema completo, dentro del cual la compensación aparecería como supuesto habitual. Por el contrario, BÖCKENFÖRDE parte de que la legitimación personal y la material pueden sustituirse entre sí sólo en determinada medida, pero nunca plenamente¹³⁴. Es imposible determinar aquí una línea única. Para la administración directa por el Estado en sus formas típicas debe más bien seguirse una orientación restrictiva y exigir igualmente la presencia suficiente de la legitimación personal y de la legitimación material. Para la Administración local, con su orden de legitimación dual, surgen múltiples posibilidades de sustitución también entre la legitimación derivada del Parlamento y la apoyada en la representación popular a nivel del municipio. La concepción aquí eficaz de los «órganos en contraste» (*Kontrast-Organ*) lleva en sí misma de forma casi consciente una determinada neutralización de las posibilidades de influencia.

C. EL PROBLEMA DE OTROS TIPOS DE LEGITIMACION

Debe diferenciarse del problema anteriormente tratado de una compensación o sustitución dentro de la legitimación democrática el influjo de aquellos factores de decisión que se refieren a la formación de la voluntad a partir de otros sujetos de legitimación distintos del pueblo, como, por ejemplo, los grupos de afectados, expertos o los «pueblos asociativos» (*Verbandsvölker*) constituidos en función de criterios sectoriales, o aquellos factores que afectan a otros modos de legitimación. La confusión conceptual frecuente en la doctrina que sitúa algunos de estos tipos en el ámbito de la legitimación democrática ha sido superada por la clara sistemática de la decisión del TCF de 31 de octubre de 1990. En cualquier caso, tales tipos de legitimación se encuadran fuera de la legitimación democrática regulada en el artícu-

¹³³ BVerfGE, 83, 60 (72).

¹³⁴ BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 23.

lo 20.2 GG. El grado de permisibilidad de dichos tipos, junto a la legitimación democrática, o incluso su obligatoriedad por razones compensatorias, necesita de una investigación específica. El orden constitucional de la legitimación se apoya fundamentalmente en la legitimación expuesta del artículo 20.2 GG. Pero no necesariamente debe agotarse en ella.

Para dar respuesta a esta cuestión debemos, en primer lugar, alejarnos de la concepción según la cual un incremento del despliegue de legitimación garantiza una legitimación más adecuada constitucionalmente. Un incremento en las precauciones de protección de los derechos puede significar un crecimiento del principio de Estado de Derecho. Pero para la organización del procedimiento de decisión democrático no vale esta ley de incremento (*Wachstumsgesetz*). Dado que en estos procesos se trata de lograr una expresión y canalización lo más clara posible de la voluntad democrática, los factores adicionales que no pueden reconducirse a la determinación de la voluntad por el pueblo no significan fundamentalmente un incremento de la legitimación democrática, sino que, por el contrario, pueden representar una merma en ésta. Dado que el artículo 20.2, frase 1.ª, GG, pretende, sin duda, la reconducción del ejercicio de todo poder estatal al pueblo, este precepto contiene una *prohibición de obstáculos*: en lo que se refiere a la legitimación del ejercicio de poder estatal, las líneas directrices de los sistemas de derivación (*Ableitungszusammenhänge*) desde el pueblo y de los órganos por él elegidos no pueden verse afectadas en su eficacia por canales de influencia no reconducibles al pueblo. Tales dislocaciones pueden intervenir sólo allí donde las decisiones legitimadas democráticamente se encuentran vinculadas a la codecisión de instancias no legitimadas democráticamente. Pero también deben someterse a la prohibición de obstaculización aquellas regulaciones que amplían el propio sujeto legitimador o lo desnaturalizan de modo que la pertenencia al círculo de electores se determina de modo distinto a los criterios del propio concepto de pueblo. Tal como el orden de legitimación regulado en el artículo 20.2 GG, en su globalidad, tampoco es la prohibición de obstáculos un mero principio que permita tantas excepciones como se desee. Las limitaciones concretas deben, por el contrario, deducirse obligatoriamente de la naturaleza de los sistemas de derivación (*Ableitungszusammenhänge*) o resultar plasmaciones de posiciones jurídico-constitucionales opuestas y de igual rango.

I. OTROS MODOS DE LEGITIMACIÓN: ACEPTACIÓN

El concepto de legitimación se enlaza a menudo con el de aceptación. Es cierto que el concepto de legitimación no se determina a partir de su historia ni del uso general del lenguaje, sino que, junto a puntos de vista normativos, comprende también contenidos propios de las ciencias sociales empíricas, que se refieren no a la justificación, sino a la aceptación del poder. En tal sentido, la legitimación de la Administración deviene de hecho en la cuestión de la aceptación de las decisiones administrativas. Sobre ello la Ciencia de la Administración ha proporcionado múltiples contribuciones que han encontrado eco también en la doctrina jurídico-administrativa¹³⁵. En especial, los trabajos sobre las actividades mediadoras en el marco del procedimiento administrativo han destacado la importancia, pero también los límites de la actuación por acuerdo entre la Administración y los círculos de afectados¹³⁶. A pesar de la importancia que ello posee, una precipitada vinculación de los conceptos de aceptación y de legitimación no nos lleva al correcto planteamiento de la cuestión en el marco de un concepto jurídico-dogmático de legitimación, tal como se prevé en el artículo 20.2 GG. Por ello, la búsqueda de otros tipos de legitimación distintos al previsto en este precepto constitucional sólo puede tener eficacia para el Derecho administrativo desde un punto de partida jurídico-normativo.

Un tal punto de partida no se consigue simplemente con la investigación y sistematización de una serie de instituciones y procedimientos del Derecho administrativo en función de en qué medida elevan el grado de aceptación de las decisiones administrativas. Esto es lo que ha emprendido CZYBULKA en su trabajo *La legitimación de la Administración Pública*. CZYBULKA parte de la importancia del consenso para el Estado de la libertad (*freiheitlichen Staat*)¹³⁷. En referencia al ámbito práctico-político distingue entre el consenso fundamental, el consenso institucional y el consenso individual, y cree poder situar junto a esta división un concepto de legitimación también dividido en tres. La legitimación fundamental sería según esto la cuestión de las votaciones y elecciones populares previstas en el artículo 20.2 GG. Como

¹³⁵ Sobre ello, en los últimos tiempos y con más referencias bibliográficas, WÜRTENBERGER: «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1991, pp. 257 y ss.; HOFFMANN-RIEM: *AöR*, vol. 115 (1990), pp. 400 y ss., 414 y ss.

¹³⁶ HOFFMANN-RIEM: *Konfliktmittler in Verwaltungshandlungen*, 1989; SCHMIDT-ASSMANN: «Konfliktmittlung in der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts», en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN (eds.): *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 1990, vol. 2, pp. 9 y ss.

¹³⁷ CZYBULKA: *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, 1989, en especial, pp. 67 y ss.; de forma similar ya MENZEL: *Legitimation staatlicher Herrschaft durch Partizipation Privater*, 1980, en especial, pp. 62 y ss.

legitimación institucional se tratarían cuestiones de la correcta organización del sistema administrativo, en especial problemas de la diferenciación interna y la autonomía de las unidades administrativas. La legitimación individual, finalmente, se centraría en aquellos mecanismos e instituciones jurídicos, especialmente en el marco del procedimiento administrativo, que se dirigen a fortalecer la posición jurídica del ciudadano, y en este sentido contribuir a que el individuo se encuentre dispuesto a aceptar la mayor parte de las decisiones administrativas ¹³⁸. Todo esto son sin duda cuestiones y planteamientos dignos de atención para el Derecho administrativo, y no es inadecuado reunirlos en la amplitud del concepto de legitimación. Pero no llevan a un modelo normativo de legitimación, pues el principio director de esta construcción, la garantía del consenso, no es un principio jurídico, sino práctico-político. Por la misma razón, los tres tipos de legitimación de CZYBULKA se encuentran uno junto al otro sin relación normativa alguna. En una ordenación sistemática, en cambio, los problemas tratados como legitimación institucional deberían considerarse parte de la legitimación fundamental, a saber, medios de garantía del nivel de legitimación, mientras que la mayoría de elementos de la llamada legitimación individual pertenecen más bien a los elementos jurídico-administrativos del Principio de Estado de Derecho. Todo ello no conduce a un planteamiento específico sobre la legitimación.

II. OTROS SUJETOS DE LEGITIMACIÓN: PARTICIPACIÓN

Puntos de partida normativos aparecen más claramente cuando se trata de la eficacia legitimadora de la llamada participación ¹³⁹. La participación alude a la intervención de un círculo, de algún modo delimitado, de afectados de forma específica por las decisiones administrativas.

La comunidad de los afectados no constituye un pueblo en el sentido del artículo 20.2 GG y, en consecuencia, no puede crear la legitimación exigida por este precepto, tal como ha sido mostrado anteriormente sobre la base de la Sentencia del TCF de 31 de octubre de 1990. Con ello no se excluye definitivamente del ámbito de investigación en que nos movemos la eficacia legitimadora de la participación de los afectados. La doctrina jurídico-administrativa de la legitimación debe introducirse en el debate sobre la participación, ya conceptualmente de difícil comprensión ¹⁴⁰. En este sentido deben analizarse de

¹³⁸ CZYBULKA: *Legitimation* (N 137), en especial, pp. 261 y ss.

¹³⁹ Sobre ello, especialmente, MENZEL: *Partizipation* (N 137), pp. 73 y ss.

¹⁴⁰ Referencias en MENZEL: *Partizipation* (N 137), pp. 73 y ss.

forma más detenida los tipos de afectación posibles (1) y la intensidad de las formas de participación propuestas (2-3) ¹⁴¹.

1. *Sobre la tipología de la «afectación»*

Según el tipo de afectación pueden distinguirse diversos titulares de derecho que pueden aparecer como sujetos de la participación: en primer lugar, debe considerarse a los afectados *en sus derechos* por una decisión administrativa. En este ámbito encuentra el concepto de participación su mayor intensidad y extensión, pero exige unas ideas precisas sobre la existencia y extensión de las posiciones jurídicas planteadas y las posibilidades de efectividad de la concreta decisión administrativa. Otro tipo de participación surge de la afectación de *intereses*. El ámbito así definido se amplía y resulta de mayor indefinición. Junto a los afectados en sus derechos se sitúan aquí aquéllos que resultan afectados en sus intereses protegidos jurídicamente, y también aquéllos afectados en relación a otros intereses no especialmente tenidos en cuenta por el ordenamiento. Esta ampliación del campo de los intereses hace que también los tipos de afectación sean múltiples: junto al supuesto de la injerencia (*Eingriff*) aparecen aquí las formas menos intensas de la merma (*Beeinträchtigung*) y de la simple afectación (*Berühren*) marginal. Consecuentemente se encuentran en el sistema de participación así construido, junto a los individuos, también grupos y asociaciones que representan intereses colectivos o que tienen un interés estatutario en la defensa de los derechos de sus miembros. En la tradición del Derecho administrativo alemán, como corresponde a un Derecho estrechamente ligado al territorio, se encuentran experiencias de análisis de tales conglomerados de intereses, especialmente en relación con las decisiones de ordenación del territorio. La precisa canalización de intereses económicos o sociopolíticos y la estructuración de las interdependencias entre ellos existentes se encuentra en el Derecho y las Ciencias de la Administración en sus inicios. Finalmente, puede hablarse de una afectación de la *Comunidad (Oeffentlichkeit)* sin más. Las fronteras con los grupos antes citados son resbaladizas, pues la Comunidad (*Oeffentlichkeit*) en todo caso puede determinarse sólo destacando la existencia de un interés en el acto administrativo en concreto, como, por ejemplo, la Comunidad (*Oeffentlichkeit*) afectada por el planeamiento urbanístico en el sentido de la previsión del § 3 *BauGB* (*Baugesetzbuch*: Código urbanístico). La frontera aquí es aún más insegura. La participación de la Comunidad (*Oeffentlichkeit*)

¹⁴¹ Básico SCHMITT GLAESER: *Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung*, en LERCHE, SCHMITT GLAESER y SCHMIDT-ASSMANN: *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, pp. 35 y ss., en especial, 45 y ss.

es el punto extremo de un abanico de conceptos en los cuales puede hablarse de participación de los afectados.

En conjunto el concepto de afectado no viene caracterizado por un elemento común único, sino que se determina a partir de factores plurales y heterogéneos entre sí que dificultan la asociación estricta de consecuencias jurídicas. Así, en la praxis del procedimiento de elaboración de planes se da normalmente la participación de la comunidad (*Oeffentlichkeit*), aunque la ley, apartándose conscientemente de otras reglas procedimentales, prevé únicamente la participación de intereses (§ 73.4 *VwVfG*). En qué medida puede resultar normativamente a partir de la idea de participación de los afectados un tipo de legitimación administrativa, que aparezca junto a la legitimación democrática del artículo 20.2 GG, tan sólo puede responderse ante estos hechos de forma diferenciada ¹⁴².

2. La significación de formas de participación menos intensas

Menores problemas plantean las formas de participación menos intensas: información, audiencia, cooperación y acuerdo son formas de actuación administrativa llenas de sentido desde un punto de vista de política administrativa y que en ocasiones son prescritas por la ley como un deber del Ejecutivo. Al menos en el caso de afectación jurídica por medio de una injerencia administrativa individual el derecho de audiencia es una institución procedimental constitucionalmente exigida a partir de los derechos fundamentales y del principio de Estado de Derecho ¹⁴³. Que la participación de los afectados en las formas aludidas permite un estilo administrativo más abierto y transparente y, por ello, más adecuado a los principios democrático y de Estado de Derecho, está fuera de discusión ¹⁴⁴. La comunicación con el ciudadano corresponde a la concepción constitucional de la posición del ciudadano en el Estado, tal como afirmó el TCF ya en el año 1977 ¹⁴⁵. Recientes directivas de las Comunidades Europeas determinan un principio similar y confieren a la información de la comunidad (*Oeffentlichkeit*) una elevada importancia ¹⁴⁶. La comunidad (*Oeffentlichkeit*)

¹⁴² SCHMIDT-ASSMANN: «Verwaltungsverfahren», *HStR*, vol. 3, § 70, Rn. 25 y ss.

¹⁴³ LAUBINGER: *VerwArch*, 1982, pp. 60 y ss., 74 y ss.

¹⁴⁴ *Vid.* por todos EMDE: *Legitimation* (N 28), p. 356.

¹⁴⁵ *BVerfGE*, 45, 297 (335).

¹⁴⁶ Claramente en la Directiva del Consejo 85/337, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el Medio Ambiente (*Umweltverträglichkeitsrichtlinie*), *DOCE*, edición especial 15/06, pp. 9 y ss., y en la Directiva del Consejo 90/313, de 7 de junio, sobre la libertad de acceso a la información en materia de Medio Ambiente (*Umweltinformationsrichtlinie*), *DOCE* de 23 de junio de 1990, serie L, núm. 158, pp. 56 y ss., reproducida en *NVwZ*, 1990, 844.

se utiliza aquí conscientemente como un contrapoder frente a los grupos de intereses organizados para mejorar la ponderación de las bases de la decisión administrativa. Junto a una garantía práctica de la aceptación, estas formas de participación pueden también contribuir a una mejora jurídicamente relevante de la legitimación democrática objetivo-material canalizada a través de la ley, en cuanto que los preceptos de la ley contengan programas abiertos, orientados a una concreción posterior bajo una determinación del interés global. Es por ello plenamente acertado el reconocimiento de significación legitimadora a la participación de los afectados. Esta, sin embargo, no se encuentra en un nuevo tipo de legitimación a añadir a la legitimación democrática prevista en el artículo 20.2 GG, sino en una inminente mejora de ésta última.

Naturalmente, y junto a esto, no pueden obviarse algunas dificultades jurídicas. También las formas menos intensas de participación comportan mecanismos de influencia. La influencia, aún poco intensa, de terceros en el proceso de formación de la voluntad democrática no es, en consecuencia, irrelevante desde el punto de vista jurídico-administrativo. Las posibilidades de influencia no pueden abrirse o detentarse libremente, a voluntad. Sobre todo, la participación de poderosos grupos de interés necesita de una regulación jurídica. Esto debe encuadrarse sistemáticamente en el contexto de la legitimación democrática del artículo 20.2 GG, y específicamente en la cuestión del nivel de legitimación. Y de ello puede derivarse una *previa responsabilidad de legitimación* del Estado para el sector de la participación. El Derecho tiene aquí la importante misión de dotar a los intereses a quienes se abre la participación, de formas adecuadas de representación y articulación, y de garantizar la exigible protección del secreto y la distancia. Se abren así perspectivas hasta ahora demasiado poco tratadas para un nuevo Derecho administrativo que revalorice sistemáticamente el principio democrático y dé entrada a nuevos desarrollos.

3. *Legitimación y (co-)decisión de los afectados*

Si la cuestión de la legitimación es una cuestión de justificación del poder entonces tan sólo puede plantearse la existencia de un modelo de legitimación distinto del previsto en el artículo 20.2 GG que se desarrolle a partir de la participación de los afectados, si configuramos dicha participación como una codecisión. Sólo en tal caso parten ambos modelos de un punto común, el ejercicio de poder. Entonces se plantea inmediatamente la cuestión de la concurrencia de una tal legitimación participativa con la legitimación democrática del artículo 20.2 GG. En la orientación de todos los actos del poder estatal a

una legitimación por el pueblo, el artículo 20.2 GG contiene simultáneamente, como se ha desarrollado antes, una prohibición de obstaculización. La codecisión de órganos distintos de aquéllos legitimados por el pueblo se orienta siempre, al menos implícitamente, si algún sentido debe tener, a apartarse de la decisión democráticamente ya legitimada, para con ello otorgar a la formación de la voluntad democrática por lo menos una parte de su efectividad. El «desplazamiento de legitimación» que se encuentra en esta operación debe, en consecuencia, justificarse en grado mayor que la «debilitación de la legitimación»¹⁴⁷, que tiene lugar, por ejemplo, con el no sometimiento a instrucciones o mandatos (*Weisungsfreiheit*) de órganos que, por otro lado, se encuentran plenamente legitimados personalmente desde el punto de vista democrático. Por ello, la codecisión de los afectados puede configurarse como un tipo propio de legitimación administrativa sólo cuando se encuentre fundamentada en bases constitucionales que no sean inferiores en rango a la legitimación democrática regulada en el artículo 20.2 GG¹⁴⁸. Razones de oportunidad político-administrativa no bastan para ello. El TCF no ha permitido en ninguna ocasión atribuir a voluntad fuerza legitimadora ni tan sólo a comunidades de personas limitadas territorialmente, pero, por lo demás, configuradas de acuerdo a los criterios generales que determinan el concepto de pueblo¹⁴⁹. Esto es consecuente con la concepción de la protección de la distancia democrática. Las cautelas son considerablemente mayores, al nivel de posiciones constitucionales de igual rango, cuando se trata de la actuación de grupos que no se determinan por los criterios generales del concepto de pueblo, sino a partir de la existencia de unos intereses específicos, como ocurre con la (co)decisión de los afectados.

a) Como mandato del Estado de Derecho no puede justificarse la necesidad de una codecisión de los afectados¹⁵⁰. El principio de Estado de Derecho asegura a los individuos a través de una serie de cauciones materiales y procedimentales frente a injerencias¹⁵¹. Pero garantiza la estatalidad como unidad de actuación y decisión y no somete la actuación estatal ni al acuerdo individual de los afectados ni a una decisión de aprobación tomada mayoritariamente dentro del grupo de afectados. El derecho de audiencia de los afectados por la medida de intervención, fundamentado en el principio de Estado de Derecho, no se transforma en una reserva de codecisión ni tan sólo en los casos de intensidad extrema de la injerencia. A la inversa, el acuer-

¹⁴⁷ Conceptos según EMDE: *Legitimation* (N 28), p. 12.

¹⁴⁸ En adelante JANSSEN: *Zugriffsrecht* (N 105), pp. 153 y ss.

¹⁴⁹ *BVerfGE*, 83, 60 (75).

¹⁵⁰ Cfr. SCHMITT GLAESER: «Partizipation an Verwaltungsentscheidungen», *VVDStRL*, 31 (1973), pp. 179 y ss., 240 y ss.

¹⁵¹ SCHMIDT-ASSMANN: *Rechtsstaatsprinzip* (N 12), § 24, Rn. 69 y ss.

do del afectado no puede justificar toda intervención estatal ¹⁵². La posibilidad de acuerdos de que dispone el Ejecutivo y sus límites en cuanto a la libertad de configuración de dichos acuerdos surgen de las concretas leyes que regulan el sector material. De ellas se deriva la legitimación objetivo-material de la actuación por acuerdo de la Administración. El acuerdo con los afectados constituye el fundamento de validez (*Geltungsgrund*) de la regulación acordada, pero no legitima a la Administración. Una reserva general al acuerdo o la codecisión de los afectados no se deriva del principio de Estado de Derecho.

b) A menudo se intenta derivar exigencias de participación de un fundamento *democrático*. Una teoría participativa de la legitimación surgiría de este modo como una variante de la legitimación democrática junto a la forma prevista en el artículo 20.2 GG. Tales consideraciones se fundamentan con el argumento de que al concepto de legitimación del artículo 20.2 GG, orientado al resultado, debe simultáneamente situársele, a modo de espejo, un modelo más decantado hacia los intervinientes («orientado a los *inputs - in-put orientiertes*») ¹⁵³. De hecho, las concepciones de identidad ¹⁵⁴, tales como las que se encuentran en la base de la participación de los afectados, pertenecen a los niveles más profundos del acervo democrático ¹⁵⁵. Sin embargo, de esto no se deriva ninguna norma constitucional. La decisión estructural en favor de la democracia se configura en la GG, más allá de su plasmación específica en el artículo 20.2, como un principio configurador (*Formungsprinzip*), basado en los elementos de un ejercicio del poder más distanciado y más igualitario. De ella no puede derivarse un mandato de codecisión de los afectados situados al mismo nivel del artículo 20.2 GG y que pudiera justificar constitucionalmente una obstaculización de los sistemas de conexión y derivación dirigidos hacia el pueblo (*auf das Volk ausgerichteten Ableitungszusammenhänge*) del artículo 20.2 GG. Los niveles ideal y normativo del principio democrático deben mantenerse separados bajo la Ley Fundamental. Las formas de la participación democrática tienen lugar en el proceso de formación de la voluntad popular ¹⁵⁶. Estas no pueden verse truncadas (*kurzgeschlossen*) por procesos de decisión de la estatalidad organizada.

¹⁵² ROBBERS: *JuS*, 1985, pp. 928 y ss.; SACHS: *VerwArch*, 1985, pp. 398 y ss., 607 y ss.; PIETZCKER: *Staat*, 17 (1978), pp. 527 y ss.

¹⁵³ MENZEL: *Partizipation* (N 137), p. 84, con más referencias; discrepante SCHMITT GLAESER: *Partizipation* (N 150), pp. 209 y ss.

¹⁵⁴ Sobre la «metamorfosis» de la libertad individual en la democracia cfr. BÖCKENFÖRDE: *Demokratie* (N 5), § 22, Rn. 37 y ss.

¹⁵⁵ Sobre los diferentes niveles de expresión del mandato constitucional de democracia cfr. previamente A.II.2.

¹⁵⁶ Sobre esto SCHMITT GLAESER: «Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung», *HSiR*, vol. 2, § 31, Rn. 25 y ss.

c) Y esto vale también cuando la legitimación popular exigida por el artículo 20.2 GG presenta carencias y debilidades. La codecisión de los afectados tampoco puede fundamentarse como *compensación* de legitimación insuficiente en el sentido del artículo 20.2 GG. Las carencias de legitimación deben compensarse en su caso a través de otra organización de los sistemas de conexión y derivación (*Ableitungszusammenhänge*) previstos en el artículo 20.2 GG, que asuman los elementos fundamentales del poder democrático: asegurar la cualidad de la decisión en la idea de generalidad. Una sustitución de la legitimación democrática por una legitimación participativa, en cambio, antes agravaría que compensaría las carencias iniciales. El pueblo y el grupo de afectados constituyen sujetos de legitimación estructurados de forma distinta. La cualidad material de las decisiones democráticamente legitimadas pretendida en el artículo 20.2 GG no puede alcanzarse a través del recurso a la codecisión de los afectados, pues esta forma de participación se fundamenta en el establecimiento de una legitimación para la codecisión no según las normas generales, sino según el parámetro del interés específico afectado. En consecuencia, no se trata solamente de puntos de vista prácticos de una difícil determinación del círculo de afectados, aludidos previamente, sino de fundamentos de decisión distintos en su estructura que imposibilitan la compensación de las carencias de la legitimación a otorgar por el pueblo a través de otros sujetos legitimadores ¹⁵⁷.

III. LEGITIMACIÓN AUTÓNOMA DE LOS PODERES SOCIALES CONSTITUIDOS EN FORMA ESTATAL

Si la legitimación como concepto jurídico se refiere a la justificación del poder, y el artículo 20.2 GG vincula el ejercicio del poder estatal a una legitimación democrática de una cualidad determinada, se plantea entonces la cuestión sobre otros tipos de legitimación sólo en aquellos ámbitos en los cuales el poder estatal y no-estatal se ejercitan en articulación específica (*in spezifischer Verschränkung*). Este punto de partida vuelve la vista hacia la discusión sobre el concepto de poder estatal en el sentido del artículo 20.2 GG. Las consideraciones sobre esto anteriormente realizadas han mostrado que la realidad de la administración, de acuerdo a una realidad osmótica, conoce una multiplicidad de formas intermedias de cooperación entre Estado y Socie-

¹⁵⁷ Iguales conclusiones en SCHMITT GLAESER: *Partizipation* (N 150); contrariamente, y en favor de una mayor apertura de la GG para otros tipos de legitimación, DREIER (N 6), pp. 274 y ss.

dad ¹⁵⁸. Naturalmente no todos estos sectores de cooperación llevan a preguntarse por nuevos tipos de legitimación. A menudo la contribución a la cooperación del Estado y de la Sociedad pueden distinguirse de forma que cada una puede ser reconducida a sus propios fundamentos legitimadores, y no se constituye una articulación especial (*besondere Verschränkung*). Sin embargo, una cooperación específica existe cuando los individuos o las fuerzas sociales acceden a las formas y atributos típicos del poder estatal, en especial a la posibilidad de decidir imperativamente (*hoheitlich*) por mayoría, de manera que tales decisiones toman la forma externa de ejercicio de poder estatal.

La pregunta de una legitimación propia resultaría fácilmente contestada en sentido negativo si esos citados sectores de articulación específica (*spezifische Verschränkungsbereiche*) fueran plenamente sometibles a la legitimación democrática del artículo 20.2 GG. Es cierto en este sentido que la contribución estatal a los sectores de cooperación, que lleva a hablar de ejercicio del poder estatal en este sector, necesita de una legitimación de acuerdo al artículo 20.2 GG. Esto sucede generalmente a través de la fundamentación legal de los correspondientes sectores de cooperación. La reserva institucional de ley en especial es un medio importante de garantizar la legitimación democrática. Otros elementos de un armazón fundamental de legitimación democrática deben ser destacados. En la práctica éstos son normalmente una determinada dirección (*Steuerung*) por la ley y la previsión de un control de legalidad sobre los correspondientes entes.

Sin embargo, en estos casos la intensidad habitual del sistema de legitimación no debe necesariamente alcanzarse. A veces, la propia Constitución es contraria a un directo sometimiento a la dirección parlamentario-democrática. Esto ocurre, por ejemplo, en las instituciones exigidas por los derechos fundamentales ¹⁵⁹, como las organizaciones científicas o las emisoras de radio jurídico-públicas. Pero también allí donde la incorporación de fuerzas sociales en formas de organización jurídico-públicas no resulta exigida, sino simplemente permitida, el artículo 20.2 GG no tiene una pretensión de totalidad por razón de la forma de organización, sino que deja espacio libre a la legitimación autónoma y al desarrollo de una doble línea en el orden de legitimación. En tales casos, y en razón del empleo de la forma de poder estatal y de la situación de imbricación, permanece una *responsabilidad estatal de legitimación* para la estructura del procedimiento de decisión en los órganos que determinan la voluntad en los ámbitos citados, lo que, más allá de la necesidad de legitimación autónoma, hace que nos sigamos encontrando ante un problema del orden de legitimación jurídi-

¹⁵⁸ Sobre esto, anteriormente, B.II.3.b); gráficamente, SCHUPPERT: *Verwaltungseinheiten* (N 46), pp. 93 y ss.: «Escala con los extremos privado y estatal».

¹⁵⁹ LERCHE (N 46), art. 86, Rn. 85.

co-administrativo. Se trata de la protección de la distancia estatal ¹⁶⁰, esto es, de las condiciones estatales que previenen el problema del desplazamiento de poder (*Vermachtung*) y aseguran una articulación adecuada a los intereses ¹⁶¹. La cuestión sobre los presupuestos constitucionales para esto es un problema central del Derecho de la organización administrativa hasta hoy escasamente tratado.

Aunque este específico ámbito de cooperación no pueda ser plenamente sometido a la legitimación democrática del artículo 20.2 GG parece lógico organizarlo del modo más cercano posible a sus parámetros, en especial al mandato de igualdad absoluta (*egalitäre Gleichheit*) de participación. EMDE ha intentado recientemente fundamentar de nuevo una tal exigencia para importantes sectores de la Administración autónoma funcional ¹⁶². Contrariamente, el TCF separa la legitimación democrática derivada del artículo 20.2 GG de la legitimación autónoma y no somete automáticamente a ésta última a los parámetros del artículo 20.2 GG, sino que permite sujetos de legitimación estructurados de forma distinta ¹⁶³. En sentencias sobre el ordenamiento de organización de las universidades ¹⁶⁴ y sobre el derecho de representación de los jueces (*Richtervertretung*) ¹⁶⁵ el TCF manifiesta claramente también que no necesariamente deben exigirse para este sector formas de participación igualitarias. En consecuencia, las carencias de legitimación democrática no pueden entonces indudablemente suplirse a través de elementos de legitimación autónoma ¹⁶⁶. De hecho, una orientación a un modelo igualitario de la legitimación autónoma aparece no sólo como no obligatoria, sino a veces como no compatible con la Constitución. Cuando determinados ámbitos no se someten al monopolio de legitimación estatal precisamente para posibilitar una propia plasmación de intereses entonces debe estarse a la estructura de los intereses. Ello nos lleva necesariamente a una división diferenciadora de los procedimientos de legitimación, en especial de las formas y posibilidades de participación. La responsabilidad de organización estatal y el Derecho administrativo de la organización no pueden, pues, orientarse en este punto a partir de unos parámetros comunes, sino sólo específicos para los sectores examinados. Por ello, debe distinguirse entre legitimación corporativa (1) y otros casos de legitimación autónoma (2).

¹⁶⁰ Así ya la BVerfGE, 33, 125 (159).

¹⁶¹ De forma similar HOFFMANN-RIEM: *AöR*, vol. 115 (1990), pp. 400 y ss., 424.

¹⁶² EMDE: *Legitimation* (N 28), en especial pp. 405 y ss.; de forma similar en el punto de partida OEBBECKE: *Legitimation* (N 28), pp. 236 y ss.

¹⁶³ BVerfGE, 83, 37 (55).

¹⁶⁴ BVerfGE, 39, 247 (254).

¹⁶⁵ BVerfGE, 41, 1 (11).

¹⁶⁶ En igual sentido BÖCKENFÖRDE (N 5), § 22, Rn. 34 y nota 56.

1. Legitimación corporativa

La legitimación corporativa, como primer supuesto de legitimación autónoma, es el tipo de legitimación propia de las entidades administrativas autónomas organizadas como corporaciones de Derecho público¹⁶⁷. En la GG y en las Constituciones de los *Länder* ha encontrado una configuración distinta. La autonomía es un principio del ordenamiento en el punto de cruce de las líneas de evolución democrática y del Estado de Derecho del Estado moderno¹⁶⁸. A él corresponde una doble *función de canalización*¹⁶⁹: dentro del sistema político, entendido globalmente, se trata de una de aquellas fases en las que tiene lugar la metamorfosis característica del Estado constitucional desde la libertad como derecho fundamental individual (*grundrechtliche individualfreiheit*) a la libertad de participación democrática. Destacando esta significación afirma el TCF en la Sentencia Rastede de 23 de noviembre de 1988¹⁷⁰: «La prevención que el constituyente ha mostrado en la introducción de elementos de democracia directa a nivel federal resulta compensada al nivel territorialmente localizado de los municipios a través de la institución de la autonomía, con auténtica responsabilidad, a través de la cual se posibilita a los ciudadanos una efectiva participación en los asuntos de la comunidad». La comunidad que ejerce el poder en la unidad administrativa autónoma no es en consecuencia necesariamente la mayoría de personas unificada en el pueblo. De acuerdo a esto, el TCF habla en la Sentencia sobre el derecho de voto de los extranjeros en Schleswig-Holstein de un «componente asociativo-participativo» (*mitgliedschaftlich-partizipatorisch*), que es propio de toda administración autónoma, sea local o funcional¹⁷¹. En el componente participativo se encuentra una forma primaria de la libertad participativa democrática que se orienta al elemento de la afectación de forma más intensa que la legitimación democrática y el concepto de pueblo en ella incardinado según el artículo 20.2 GG. La autonomía y la democracia tienen unas raíces ideales comunes; pero no pueden identificarse, en cuanto principios ni en sus derivaciones concretas, a nivel de dogma tal como ha sido definido anteriormente.

¹⁶⁷ Sobre la evolución de la expresión, BIEBACK: *Quaderni Fiorentini*, 11/12 (1982-83), tomo II, pp. 859 y ss.; sobre la sistemática, DREIER (N 6), pp. 228 y ss.

¹⁶⁸ HENDLER: *Selbstverwaltung* (N 50), § 106, Rn. 20 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN: «Zum staatsrechtlichen Prinzip der Selbstverwaltung», en *Gedächtnisschrift für Martens*, 1987, pp. 249 y ss.; V. ARNIM: *AöR*, vol. 113 (1988), pp. 1 y ss.; SCHUPPERT: *AöR*, vol. 114 (1989), pp. 217 y ss.

¹⁶⁹ *BVerfGE*, 33, 125 (159), que caracteriza acertadamente los momentos de tránsito: «Los principios de la autoadministración y la autonomía, que asimismo arrancan del principio democrático y corresponden al carácter literal (*freiheitlich*) de nuestro ordenamiento social». En lugar de principio debiera hablarse aquí de «ideas» en el sentido expuesto más arriba.

¹⁷⁰ *BVerfGE*, 79, 127 (150).

¹⁷¹ *BVerfGE*, 83, 37 (55).

Dentro del sistema de los entes administrativos autónomos se encuentran distintas formas de esta metamorfosis. El elemento «asociativo-participativo» se encuentra relacionado por la GG y las Constituciones de los *Länder* con distintos tipos de legitimación. Si se ordenan sistemáticamente se encuentran de nuevo esferas intermedias en las cuales se destaca tan pronto el carácter individual de la afectación como el punto de vista de la unicidad de la decisión democrática. En este sentido debe distinguirse entre Administración autónoma local (a), funcional en referencia a los derechos fundamentales (b) e institucional-funcional (c).

a) *Administración autónoma local*

El sistema de legitimación en la Administración local está impregnado por el artículo 28.1, frase 2.ª, GG, que contiene una regla de equiparación a la legitimación popular. El sentido y sistemática de esta regla han sido claramente destacados en la decisión del TCF de 31 de octubre de 1990¹⁷²: la obligación de legitimación democrática no se deriva directamente de la esencia de la autonomía. Pero el artículo 28.1, frase 2.ª, GG, no es tampoco expresión de la legitimación corporativa. Si ello se hubiera querido así la regulación se encontraría en el artículo 28.2, no en el 28.1 GG. La regla de equiparación trata más bien de la «unitariedad del fundamento de legitimación en la construcción del Estado». La decisión así tomada en favor de una legitimación democrática frente a otra corporativa tiene su sentido: pone de manifiesto la posición especial de las corporaciones locales en el Estado. Municipios y Distritos (*Kreise*) son elementos con sustantividad propia, y por otro lado, son elementos constructores del Estado. Ambas corporaciones poseen competencia general, sea conferida por la propia Constitución, sea conferida por leyes ordinarias. Al carácter global del poder local le corresponde la determinación de los fundamentos de su legitimación en forma de legitimación democrática.

A pesar de la equiparación del artículo 28.1, frase 2.ª, la Administración local no debe ser estudiada, desde el punto de vista de su legitimación, con el mismo esquema que la Administración estatal. Esto ya ha sido tratado anteriormente en relación a la legitimación objetivo-material dual, característica de las corporaciones locales, que conoce junto a la vinculación a la ley, la vinculación al derecho emanado de la representación popular a nivel municipal. La legitimación, que resulta así dual, de la Administración local encuentra su desarrollo en las instituciones de la participación ciudadana, que el Derecho local

¹⁷² Loc. cit.

pone a disposición de la praxis política local. Precisamente, el abanico de las formas de las consultas a los ciudadanos, las iniciativas de éstos, las asambleas ciudadanas y sus foros de información (*Bürgerentscheide, Bürgerbegehren, Bürgerversammlungen und Bürgerinformationsforen*) son expresión del tránsito entre legitimación democrática y legitimación corporativa, en tanto que sólo algunas de estas instituciones se encuentran dentro del estatuto del ciudadano como elemento del concepto democrático de pueblo, mientras que otras se orientan más intensamente a la posición de habitante, y con ello al componente asociativo-participativo. De forma acertada algún autor ha destacado la significación de los elementos de participación en el planeamiento local, que tienen una función no simplemente de protección de derechos, sino también de configuración democrática de las decisiones ¹⁷³.

b) *Administración autónoma funcional en referencia a derechos fundamentales*

En el abanico de las formas de legitimación que la Constitución pone a disposición de los distintos entes administrativos, y en las cuales se expresa la responsabilidad estatal para una organización estructuralmente adecuada de los procedimientos de legitimación para cada sector de la Administración autónoma, el modelo de legitimación de la Administración autónoma universitaria representa el tipo opuesto al de la Administración local. Aquí la idea del derecho fundamental individual se encuentra en primerísimo plano y determina la estructuración del poder que, indudablemente, se ejerce en las instituciones autónomas universitarias. La autonomía universitaria no es expresión de un «escalón de democracia» en la construcción del Estado, como podía decirse en referencia a las corporaciones locales ¹⁷⁴. Es, por el contrario, expresión de la garantía de libertad para un derecho fundamental altamente sensible (art. 5.3 GG), que, en elementos esenciales, puede ejercitarse solamente en el interior de instituciones puestas a disposición por el Estado. De acuerdo a esto, en la Administración autónoma de las Universidades no se encuentra en primer plano el carácter institucional-cooperativo, sino su comprensión como garantía secundaria, que resulta necesaria para garantizar el carácter personal del artículo 5.3 GG ¹⁷⁵. La responsabilidad estatal en relación a la organización de un sistema de legitimación adecuado a la materia en este ámbito de Administración autónoma debe orientarse por consiguiente, a

¹⁷³ BATTIS: *Partizipation im Städtebaurecht*, pp. 158 y ss.

¹⁷⁴ OPPERMANN: «Freiheit von Forschung und Lehre», *HSR*, vol. 6, § 145, Rn. 54.

¹⁷⁵ HENDLER: *Ordnungsprinzip* (N 46), pp. 298 y ss., en especial, 210 y ss.; DREIER (N 6), pp. 26 y ss.

la significación del artículo 5.3 GG como un *Binnenfreiheitsrecht* ¹⁷⁶ *. En primer plano se encuentra la libertad de investigación individual, cuya garantía supraindividual constituye el núcleo de la autonomía académica ¹⁷⁷. La organización de las universidades debe reflejar esta primacía: la línea dual del orden de legitimación aquí prevalente ¹⁷⁸ (esto es, la existencia de autonomía universitaria y, por otro lado, las posibilidades legislativas, presupuestarias y administrativas de influencia estatal) posee, junto a su función de asegurar la inordinación de las Universidades en el sistema de organización estatal, una gran importancia para la protección de la distancia interna de la Universidad, necesaria para el derecho individual frente a las decisiones mayoritarias de los órganos de gobierno de la Administración autónoma. Para la legitimación *autónoma* el ámbito y la intensidad de los derechos de participación sólo pueden ser determinados desde la estructura de los derechos individuales afectados. Aquí, la diferenciación según la afectación a los derechos fundamentales, y no la igualdad de oportunidades, es el mandato constitucional de organización necesario ¹⁷⁹.

El ejercicio individual de los derechos debe ser prevalente frente a las decisiones mayoritarias en la medida de lo posible. Allí donde deba decidirse por mayoría existe un principio de homogeneidad protector de los derechos fundamentales ¹⁸⁰. Otro principio del orden de legitimación universitario es la obligación de decisión por una instancia lo más próxima posible a la persona. La fundamentación en los derechos fundamentales de este sector de Administración autónoma corresponde a la posibilidad de las propias Universidades de ser titulares de un derecho fundamental de acuerdo al artículo 19.3 GG ¹⁸¹. La identificación de un interés propio de un círculo reducido de afectados resulta constitucionalmente en este caso de fácil aprehensión. De forma más débil este elemento inicial determina también la administración funcional autónoma de las corporaciones jurídico-públicas ¹⁸², en las

¹⁷⁶ Desarrollo ulterior en SCHOLZ, en MAUNZ y DÜRIG: *Grundgesetz*, Art. 5, III, Rn. 137.

* (N. del T.) La calificación de *Binnenfreiheitsrecht*, literalmente derecho de libertad interna, hace referencia a la titularidad y ejercicio del derecho individual también en el interior y frente a la propia estructura universitaria. (Así SCHOLZ, en: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz*, Art. 5, III, Rn. 137).

¹⁷⁷ De forma convincente HUFEN: *Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen*, 1982, pp. 408 y ss.

¹⁷⁸ Cfr. THIEME: *WissR*, 1989, pp. 1 y ss., 9 y ss.

¹⁷⁹ *BVerfGE*, 39, 257 (254); 43, 327 (388); 66, 270 (291); HAILBRONNER en HAILBRONNER (ed.): *Hochschulrahmengesetz*, § 38, Rn. 39 y ss.

¹⁸⁰ Así ya *BVerfGE*, 35, 79 (134); HAILBRONNER (N 179), Rn. 39 y ss.

¹⁸¹ *BVerfGE*, 15, 256 (262).

¹⁸² Por ejemplo, las Corporaciones de caza y pesca (*Jagd- und Fischereigenossenschaften*), las asociaciones de empresas forestales (*Forstbetriebsverbände*) previstas en el § 21 *BWaldG* (*Bundeswaldgesetz*: Ley Federal Forestal) o las Comunidades de partícipes (*Teilnehmergeinschaften*) previstas en el § 16 *FlurbG* (*Flurbereinigungsgesetz*: Ley de concentración parcelaria). Sobre esto HENDLER: *Ordnungsprinzip* (N 46), pp. 260 y ss.; sobre cuestiones de una organización interna adecuada a los intereses, cfr. *BVerfGE*, 10, 89 (105); *BVerfGE NVwZ*, 1985, pp. 271 y ss.,

cuales los intereses protegidos por el artículo 14 GG se encuentran en primer plano.

c) *Administración autónoma institucional-funcional*

Entre la Administración local orientada estatalmente y la Administración universitaria, determinada por los derechos fundamentales, se encuentra un abanico de formas de administración autónoma que deben representar no tanto un interés individual como un interés institucional más ampliamente configurado. De acuerdo a la extensión del interés que está en su base resultan a veces difíciles de delimitar las fronteras con el interés general representado estatalmente. En el modelo de un orden de legitimación compuesto ello lleva a un desplazamiento de la legitimación corporativa a la democrática. Cuanto más pálido deviene el interés propio del grupo concreto afectado, más claramente ocupan el orden de legitimación democrática aquellos sectores que, en el caso de la autonomía administrativa fundada en derechos fundamentales, se dejaba en manos de la legitimación corporativa.

Especialmente avanzada se encuentra esta evolución en la administración autónoma de la *Seguridad Social*¹⁸³. En su configuración actual ésta no representa ni a los individuos asegurados ni el concepto de una comunidad solidaria estructurada de forma corporativa, sino que persigue la incorporación de grupos sociales de interés según el principio paritario entre sindicatos y empresarios. Todas las decisiones importantes de la administración autónoma de la Seguridad Social o bien son prácticamente determinadas por el Estado o bien se encuentran bajo intensas posibilidades de influencia de éste¹⁸⁴. El ámbito que queda de intereses configurados como asociativamente propios es prácticamente demasiado reducido para dar lugar a un orden de legitimación corporativo propio. Aun así, si observamos la tradición de este sector jurídico aparece constitucionalmente tolerable la autonomía limitada introducida que se le concedió en otros momentos. Según esto, en el sector que aún se mantiene en sus manos, la administración autónoma de la Seguridad Social no tiene que ceñirse a una aplicación analógica de los principios electorales válidos para la legitimación democrática. La paridad del reparto de los asientos en la asamblea de re-

274; BREUER: «Die Selbstverwaltung der Wasser- und Bodenverbände», en *Festschrift für v. Unruh*, 1983, pp. 855 y ss., 875 y ss.; cfr. además la nueva Ley sobre Asociaciones de Aguas y Suelo (*Wasser- und Bodenverbände*) de 12 de febrero de 1991 (*BGBI*, p. 405) y el correspondiente informe final en BT-DrS. 11/8201, apartado A3.

¹⁸³ En adelante, KRAUSE, en KRAUSE, V. MAYDELL, MERTEN y MEYDAM: *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch, SGB IV*, 1978, § 20, Rn. 27 y ss.; SCHNAPP: «Selbstverwaltung in der Sozialversicherung», en *Festschrift für v. Unruh*, pp. 881 y ss.

¹⁸⁴ Exhaustivamente EMDE: *Legitimation* (N 28), pp. 275 y ss.

presentantes prevista en los párrafos 46 y siguientes, SGB IV, que presenta la estructura subyacente de los intereses representados, es por ello permisible. Por el contrario, la debilitación del modo de elección hasta la llamada «elección pacífica» (*Friedenswahl*), prevista en el párrafo 46.3 SGB IV (*Sozial Gesetzbuch*: Código de Derecho social) ¹⁸⁵ no significa legitimación corporativa alguna.

Más claramente fructíferos son los intereses propios del sector social organizado en la administración autónoma de las *Cámaras* (*Kammerwesens*) ¹⁸⁶. También aquí dominan las funciones estatales a pesar de las diferencias en el detalle. Sin embargo, junto a ellos, en un amplio sector fronterizo, se encuentran múltiples e importantes intereses particulares en los cuales la estructura jurídico-pública del Estado tiene sólo un interés general de organización ¹⁸⁷. Estos intereses propios proporcionan un fundamento para una legitimación corporativa correspondientemente propia. En cambio, una referencia individual a un derecho fundamental sólo puede establecerse a través de una serie de escalones intermedios. Pero sí pueden distinguirse distintos grupos individualizados de afectaciones individuales-tipificadas (*vertyp-individuell*) diferenciadas, que pueden ser el fundamento de posibilidades de participación configuradas de forma distinta. En cualquier caso, la legitimación de la administración autónoma de las Cámaras no está sometida a los principios igualitarios absolutos del derecho electoral de la legitimación democrática. Los criterios de diferenciación escogidos para determinar las posibilidades de participación deben responder, sin embargo, a la estructura de funciones de las materias a decidir en régimen de autonomía.

2. Otros fundamentos de legitimación autónoma

¿Pueden en otros sectores de la Administración surgir formas de legitimación junto a la siempre necesaria legitimación democrática y construir con ésta última el descrito orden dual de legitimación?

¹⁸⁵ Igualmente OEBBECKE: *Legitimation* (N 28), pp. 363, con cita de bibliografía complementaria.

¹⁸⁶ Exhaustivamente sobre la estructura de intereses HOFFMANN-RIEM: *Interessenzuordnung im Handwerk*, 1980; MUSSGNUNG: «Das politische Mandat öffentlich-rechtlicher Körperschaften», en *Festschrift für Doebring*, 1989, pp. 665 y ss.

¹⁸⁷ Sobre el ejemplo de los gremios *BVerfGE*, 68, 193 (208).

a) *Supuestos de inexistencia*

a) La cuestión no se identifica con el problema del llamado *espacio libre de instrucciones ministeriales (Ministerialfreie Raum)*¹⁸⁸. De éste último puede hablarse también cuando el influjo ministerial, y en determinadas circunstancias también el parlamentario, se ven reducidos, pero en cambio la decisión permanece en el titular del órgano administrativo, el cual por su lado está sólo vinculado al bien general a través de una suficiente legitimación democrática, tal como ocurre, por ejemplo, para los funcionarios federales. Este espacio libre se caracteriza, pues, por un debilitamiento de la legitimación democrática, pero no por un desplazamiento de ésta¹⁸⁹. Todo esto no nos conduce a una legitimación autónoma todavía, pues ésta no se fundamenta en carencias de la legitimación democrática, sino solamente en el surgimiento de sectores específicos de cooperación entre Estado, individuo y sociedad, con necesidades de legitimación no cubiertas por el artículo 20.2 GG.

b) Tampoco constituye un problema de legitimación autónoma la legitimación de las decisiones de *empresas públicas*. Ya antes se ha mostrado que la actividad empresarial del Estado implica ejercicio del poder estatal, y por ello necesita de legitimación de acuerdo al artículo 20.2 GG¹⁹⁰. Para las empresas públicas sin personalidad jurídica (*nichtrechtsfähige öffentliche Unternehmen*) y los patrimonios especiales (*Sondervermögen*) * algunas leyes especiales permiten reconocer los principios de un orden de legitimación propio, en el que se equilibra la necesidad de autonomía de las unidades empresariales exigida por la participación en el mercado, con los sistemas de derivación (*Ableitungszusammenhänge*) del artículo 20.2 GG¹⁹¹. Para aquellas empre-

¹⁸⁸ Sobre el polifacetismo de esta forma, LERCHE (N 46), art. 86, Rn. 70 y ss.

¹⁸⁹ Distinción entre ambas situaciones en EMDE: *Legitimation* (N 28), p. 12.

¹⁹⁰ Así también en principio CZYBULKA: BB, 1988, pp. 2321 y ss., pero con consecuencias divergentes; cfr. más arriba en la nota 137.

* (N. del T.): Traducimos literalmente *Sondervermögen* por patrimonios especiales. En el Derecho administrativo alemán el *Sondervermögen* constituye un tipo de unidad administrativa sin personalidad jurídica propia, incardinado dentro de un ente administrativo, generalmente de una corporación territorial. Se trata, sin embargo, de una unidad con autonomía organizativa, y en este sentido se habla de oficinas administrativas desconcentradas, que a su vez puede tener una organización interna compleja. Ejemplos de *Sondervermögen* son los ferrocarriles federales (*deutsche Bundesbahn*) o la organización de correos (*Deutsche Bundespost*), constando ésta última a su vez de tres distintos *Sondervermögen*, con su propio presupuesto y dirección administrativa. Para la designación de los *Sondervermögen* y categorías análogas se utiliza también la expresión de *nicht rechtsfähige Unternehmen*, esto es, empresas sin personalidad jurídica. [Vid. sobre ello, W. RUDOLF: *Verwaltungsorganisation*, § 56, Rn. 23 y § 57, Rn. 6 y ss., en ERICHSEN/MARTENS (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1992; también M. RONELLENFISCH: «Wirtschaftliche Betätigung des Staates», *HSzR*, vol. 3, § 84, Rn. 20 y ss.].

¹⁹¹ Sobre el ejemplo de los ferrocarriles federales (*Sondervermögen*: «Bundesbahn»), SCHMIDT-ASSMANN y FROMM: *Aufgaben und Organisation der Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht*, 1986, pp. 106 y ss.

sas públicas que se organizan en la forma de sociedades de capital deben utilizarse las posibilidades de dirección y control del Derecho privado de sociedades¹⁹². Además, el Derecho presupuestario y algunos preceptos del Derecho de sociedades anónimas prevén reglas especiales destinadas a asegurar tales intereses de dirección y control del Estado¹⁹³. Igualmente resulta imposible ignorar que las empresas públicas organizadas de acuerdo al Derecho privado poseen un grado de autonomía considerable que no se justifica por sí mismo ante el mandato de legitimación del artículo 20.2 GG: la legitimación objetivo-material se encuentra en este sector en la praxis legal y administrativa, muy retraída frente al muy amplio marco condicionante de los objetivos de las empresas. Apenas existe una programación autónoma determinada jurídicamente en la que pudieran fijarse los presupuestos de orientación y control legitimatorios. También los controles *a posteriori*, especialmente el control presupuestario, se encuentran reducidos esencialmente al control de eficiencia propio del Derecho societario. La legitimación personal tiene lugar de forma mediata: un primer escalón está en el nombramiento o designación de los miembros del Consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) por la Administración. Los presidentes (*Vorstände*) de las empresas son escogidos por los Consejos de vigilancia así constituidos y disponen, por tanto, de una legitimación personal mediata. Ello no es inusual en comparación con otros sectores administrativos. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que el marco que impregna la posición del titular del órgano en las Administraciones normales y que es de importancia indirecta para la legitimación personal, falta en grado importante en las empresas públicas. Los miembros de la presidencia de las sociedades anónimas públicas tienden a sentirse obligados a la actividad empresarial más que a una actividad administrativa.

En la doctrina estos hechos han llevado a construir un *deber general de intervención* (*Einwirkungspflicht*) del Estado sobre sus empresas¹⁹⁴. Esta institución jurídica es expresión específica de las exigencias de legitimación democrática. Intenta desarrollar un sistema a partir de los existentes elementos aislados de control y dirección, sistema que debe asegurar un suficiente nivel de legitimación en el sentido del artículo 20.2 GG. Sin embargo, se ha mostrado que las tendencias de autonomía de las empresas públicas frente a sus administraciones matrices no son un simple hecho dado, sino un presupuesto jurídico. Si el ordenamiento constitucional de la Administración pública permite la participación en el tráfico económico privado con entes propios, ello

¹⁹² Sobre su adecuación, LERCHE (N 46), art. 86, Rn. 66.

¹⁹³ Sobre esto SCHMIDT-ASSMANN y ULMER: *BB*, 1988, Beilage 13.

¹⁹⁴ EHLERS: *Verwaltung in Privatrechtsform*, pp. 124 y ss.; PÜTTNER: *Die öffentlichen Unternehmen*, 1985, pp. 86, 137 y ss.; DREIER (N 6), pp. 258 y ss.

no puede hacerse sin consideración a las leyes de actuación propias de la vida económica. La Administración y sus empresas no disponen, sin embargo, tampoco en este sector de la libertad de actuación de los sujetos económicos privados. Su actuación continúa siendo actuación sometida al principio de competencia. Pero las unidades autónomas económicas del sector público no pueden situarse fuera de las relaciones económicas habituales. Tomar parte en la vida económica implica pensar económicamente. De ello se sigue necesariamente un grado no negligible de autonomía jurídica frente a la administración matriz. Una simple traslación del modelo de legitimación de la administración organizada jerárquicamente choca aquí con las especificidades jurídicamente reconocidas del sector material en que nos movemos ¹⁹⁵. Quien quiera desarrollar el deber de intervención estatal según los principios de la administración jerárquica desconoce este punto de partida. La razón de la autonomía de las empresas públicas se encuentra en su participación en el mercado. Por ello parece más adecuado un anclaje de los instrumentos de intervención en el Derecho de sociedades que en el derecho de la organización pública. Pero el sector así parcialmente emancipado de las empresas públicas no posee una legitimación autónoma propia. La liberación de las empresas públicas de un grado máximo de vinculación a la dirección y control públicos no se deriva de la existencia de intereses propios en juego, que ejerzan un poder estatal en cooperación con la Administración pública. Ni las propias empresas ni los sujetos activos en sus órganos de dirección aportan intereses legítimos propios. Por el contrario, expresan intereses públicos emancipados que les han sido confiados de forma (parcialmente) autónoma por las razones objetivas antes explicadas. La autonomía jurídicamente reconocida de las empresas públicas lleva en consecuencia a un debilitamiento de la legitimación democrática, pero no a una traslación del problema de legitimación a una esfera de legitimación autónoma.

b) *Formas de cooperación específica*

Sin duda la legitimación autónoma no debe agotarse en la tradicional legitimación corporativa, así como la organización de intereses privados y sociales y su cooperación con la Administración pública no se limita a la forma de la corporación de Derecho público. También otras formas de Derecho público, en las cuales se ejercita el poder estatal de forma cooperativa, llevan al problema de la legitimación autónoma. Lo único necesario es una específica articulación de formas de poder

¹⁹⁵ De forma sistemática sobre los procedimientos independientes de dirección y control, SCHUPPERT en THIEMEYER (ed.): *Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen*, 1990, p. 141.

estatal y garantía de intereses privados. Naturalmente la línea de delimitación comporta problemas especiales. Si en la mayoría de las corporaciones de la administración autónoma no local existen intereses privados en juego, en los gremios plurales de expertos no puede a veces determinarse si el carácter de experto (*Sachverständig*) expresa una forma especial de representación de intereses o si simplemente significa un instrumento de información para un sector material, por otro lado plenamente determinado por el Estado ¹⁹⁶.

aa) Para una más clara diferenciación de los intereses y funciones en juego debe, en primer lugar, recurrirse a valoraciones a partir de los derechos fundamentales. Gráficamente LERCHE habla de «personas jurídicas determinadas en razón de los derechos fundamentales» (*grundrechtszugeordnete Rechtsträger*) ¹⁹⁷. Especialmente los derechos fundamentales predeterminados a ejercitarse en el interior de organizaciones estatales permiten una escala de distintos grados de eficacia que ofrece posibilidades de diferenciación en aquellos sectores en los que los intereses privados aparecen sólo como intereses altamente agregados y, por tanto, de difícil delimitación con los intereses generales del bien común. Ello se muestra de forma especialmente clara en la libertad científica protegida por el artículo 5.3 GG. El desarrollo y evolución de la libertad individual de investigación en el modelo de la autonomía universitaria muestra los dos primeros niveles de eficacia de este derecho fundamental. A la presencia del interés determinado individualmente también en el segundo nivel corresponde el concreto modelo de legitimación de la autonomía académica. Los efectos del artículo 5.3 GG pueden determinarse, sin embargo, también en un tercer nivel más allá del sector organizado de las Universidades y sus equivalentes institutos de investigación ¹⁹⁸, tercer nivel en el que con ayuda de estos efectos del artículo 5.3 GG puede reconocerse la presencia de intereses parcialmente no estatales. Este tercer nivel lo constituye la organización de la ciencia, aparte de las concretas instituciones de investigación. Puede pensarse, por ejemplo, en instituciones de fomento común de la ciencia como la Asociación Alemana de Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) (DFG) ¹⁹⁹. Los científicos representados en los órganos de la DFG no lo son para el logro de información adicional. Ellos representan el interés común de la «ciencia» como ámbito autónomo de la sociedad reconocido por los derechos fundamentales.

¹⁹⁶ Sistemáticamente BROHM: «Sachverständige Beratung des Staates», *HStR*, vol. 2, § 36, en especial, Rn. 12 y ss.; cfr. también *BVerfG DVBl*, 1991, 261 (264).

¹⁹⁷ (N 46), Art. 86, Rn. 85.

¹⁹⁸ Sobre los instrumentos y procedimientos de dirección y control en este sector, MEUSEL: *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 1982, vol. 2, pp. 1281 y ss.

¹⁹⁹ Sobre ello, LETZELTER: *HdWissR*, vol. 2, pp. 1180 y ss.

Según esto no son nombrados por el Estado, sino escogidos por la comunidad científica. Similar es el caso para órganos de autorrepresentación y coordinación de la ciencia, sobre todo para el «Consejo de la Ciencia» (*Wissenschaftsrat*). Los científicos nombrados por el Estado en razón de determinados derechos de proposición refieren su legitimación personal sólo externamente al nombramiento estatal. Materialmente son representantes de un interés propio y diferenciabile de la Ciencia. Esta representación no es ejercicio de poder estatal, sino legitimación autónoma fundada en el artículo 5.3 GG. Al Estado corresponde aquí únicamente una responsabilidad de organización. Los parámetros de la legitimación democrática igualitaria, en sentido de igualdad absoluta, no proporcional, no pueden trasladarse a este ámbito, del mismo modo que no podían serlo a la Administración funcional. La libertad fundamental no ha derivado aquí totalmente en posibilidades de participación democrática, sino que se estructura todavía de forma autónoma, según las reglas de la organización propia del sector material afectado.

bb) Formas de legitimación autónoma son también pensables allí donde los intereses privados organizados estatalmente no poseen un anclaje en los derechos fundamentales. La función indicativa de los derechos fundamentales para la definición de intereses debe sustituirse en tales casos por el análisis y valoración de los «procesos de mutación» en los cuales se mueven, siempre de nuevo, la estatalización y desestatalización de sectores sociales. Al legislador-organizador corresponde en tales casos un amplio espacio de libre configuración. Cuando hoy a través de la autoorganización y la autonomía se piensa crecientemente en un carácter del Derecho administrativo de descarga del Estado ²⁰⁰, mientras que, por otro lado, parece necesaria en otros sectores una intensificación de la responsabilidad estatal ²⁰¹, entonces el derecho de la organización administrativa debe preparar un amplio espectro de formas en las cuales las necesidades de justificación del poder social organizado de forma estatal se traduzcan de forma diferenciada. Ello no sucede si se otorga a la legitimación democrática una pretensión de exclusividad y totalidad. Y tampoco si se mezclan la legitimación democrática y otros tipos de legitimación, se afirma su sustituibilidad y posibilidad de compensación o se identifica con posibilidades de participación. Las formas de articulación y organización adecuadas a los intereses se alcanzan sólo cuando se garantiza la cualidad específica de las decisiones exigida por el artículo 20.2 GG, esto es, la

²⁰⁰ HOFFMANN-RIEM: *AöR*, vol. 115 (1990), pp. 400 y ss., en especial 416 y ss.; SCHUPPERT, en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN (N 136), vol. 2, pp. 29 y ss.; SCHUPPERT: *JBSiVwW*, vol. 3, 1989, pp. 47 y ss.; DREIER (N 6), pp. 211 y ss.

²⁰¹ Por ejemplo, MURSWIECK: *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985.

reconducibilidad a la voluntad general, y por otro lado, se posibilita a los intereses privados que actúan en el ámbito de cooperación y frontera una representación autónoma con formas de decisión soberana (*hoheitliche Entscheidung*), tal como ocurre en el modelo de un orden dual de legitimación. El tránsito de la libertad individual como derecho fundamental (*grundrechtliche Individualfreiheit*) a la libertad democrática de participación, tránsito que constituye como concepción teórico-estatal el marco global del problema de legitimación, se incorpora de este modo en una forma de organización de concreción plural del bien común.

