

Peter J.
Tettinger

Catedrático de Derecho
Administrativo de
la Universidad de Bóchum
(RFA).

Aspectos fundamentales de la estructura administrativa en el Estado federal alemán

Jornadas de Estudio sobre "Administración Única"
(Santiago de Compostela, 24 y 25 de septiembre de 1992)

¹ Véase por ejemplo A. Jiménez-Blanco/P.J. Tettinger Ed.), "Grundstrukturen der Energiewirtschaft in Spanien und in der Bundesrepublik Deutschland" (Estructuras fundamentales de la economía energética en España y en la República Federal de Alemania), cuaderno 3 de los "Bochumer Forschungsberichte zum Berg- und Energierecht", 1992. Véase dentro de poco también J.-C. Pielow, "Autonomía local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland – Eine rechtsvergleichende Unter-

Estimadas señoras y señores:

Me alegro de tener la oportunidad, gracias a la invitación de la Escola Galega de Administración Pública, de poder hablar ante un círculo de tan alto rango de políticos y juristas especializados, sobre una temática que resulta de gran interés tanto en su país como en el mío. El diálogo de juristas hispano-alemán posee ya una considerable tradición y en la actualidad se encuentra en un momento de satisfactoria intensificación¹. Este diálogo se muestra extraordinariamente provechoso en lo que respecta a las cuestiones que tratan la relación entre las regiones, o Länder, y el estado conjunto, o central, desde que la Constitución española de 1978 eligió una opción organizativa de Estado con Comunidades Autónomas, un sistema "casi federal", que muestra en muchos aspectos vistosos paralelismos con el ordenamiento federativo de la República Federal.

La ciudad de Santiago de Compostela, con su lugar destacado en la historia europea, me parece un lugar ideal para estos debates que se están produciendo, especialmente –dicho sea de paso– también con vistas al proceso de unificación europeo (menciono solo la palabra clave “subsidiariedad” del Tratado de Maastricht). Precisamente parten de Galicia, –se registran con gran atención también en Alemania–, impulsos innovadores para el debate sobre la posición futura de las regiones, lo que ya fue puesto de manifiesto no sólo en la tan notable asamblea general de la Asociación de las Regiones de Europa (ARE) que tuvo lugar en julio de este año aquí en Santiago, sino también en el compromiso gallego con la “Liga de las Regiones Atlánticas”, y naturalmente también se ve claramente por el hecho de que la idea de Administración Unica, objeto de estas Jornadas, sea aparentemente de origen gallego.

De la propuesta de la pluma del presidente del Gobierno gallego saqué en conclusión, que hace muchas veces referencia a las relaciones en la República Federal. En interés pues de un debate objetivo, me parece indicado hablar más detalladamente sobre los aspectos fundamentales de la estructura administrativa federal alemana. En mi ponencia quisiera esbozar primera y ampliamente las líneas directrices dadas por la Ley Fundamental de Bonn para el reparto de las competencias administrativas entre el “Bund” o bien la “Federación” como estado global y los “Länder” alemanes como sus estados miembros y finalmente echar un vistazo a los conflictos salidos a la luz con ocasión del control de la utilización de la energía nuclear, porque de todo eso se pueden sacar conclusiones interesantes sobre el funcionamiento de este sistema.

suchung mit Blick auf Grundstrukturen und aktuelle Probleme”, tesis doctoral Bochum 1992. – Al señor Dr. Pielow le agradezco al mismo tiempo su apoyo en la elaboración de esta ponencia.

I. El reparto de las competencias administrativas entre la Federación y los Länder en la Ley Fundamental de Bonn.

Un elemento esencial del sistema del estado federal alemán concebido por la Ley Fundamental es en primer lugar que los Länder alemanes poseen propia cualidad de Estado y por consiguiente ejercen poder estatal. Por esta razón la Constitución del estado federal tenía que compartir las competencias para el ejercicio del poder público entre la Federación y los Länder. De esto trata el ordenamiento competencial de la Ley Fundamental, que en su artículo 30 parte principalmente de la competencia de los Länder. Esta disposición principal reza así:

“El ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones públicas competen a los Länder en tanto que la presente Ley Fundamental no dicte o admita una disposición en contrario”.

Las consiguientes precisiones de los poderes para cumplir los deberes estatales se llevan a cabo de forma separada, según cada una de las funciones del Estado, con apartados distintos sobre la legislación, la administración y jurisdicción, y con un apartado especial suplementario sobre Hacienda. Sobre todo hay que prestarle atención al hecho de que las competencias para la legislación y la administración están reguladas de forma independiente una de la otra, –esto es importante en tanto en cuanto muestra una llamativa peculiaridad frente a la Constitución española de 1978–. El reparto de competencias legislativas se lleva a cabo en el capítulo VII (art. 70 y ss) de la Ley Fundamental. Los artículos 83 y ss en el capítulo VIII de la Constitución alemana, de los que nos vamos a ocupar a continuación, tratan por el contrario sobre “la ejecución de las leyes federales y la administración federal”. Todas estas disposiciones competenciales de la Ley Fundamental tienen en común, además y en esto también se aprecia claramente otra gran diferencia con el en gran parte “carácter dispositivo” de las respectivas normas de la Constitución española, el hecho de que se trata de disposiciones obli-

gatorias, es decir, que no están a disposición ni del legislador federal ni del legislador del Land. Transferencias o delegaciones de competencias pueden producirse por lo tanto, exclusivamente en las situaciones ya previstas en la Ley Fundamental².

1. *Sobre la regla básica del artículo 83 de la Ley Fundamental*

El artículo 83 de la Ley Fundamental vuelve a tratar sobre el principio en favor de la competencia de los Länder expresado ya en el artículo 30 de la Ley Fundamental y en lo referente a la ejecución de la leyes federales lo concretiza de la siguiente forma:

“Los Länder ejecutarán las leyes federales como materia propia, siempre que la presente Ley Fundamental no determine o admita otra cosa”.

El peculiar título del capítulo VIII de la Ley Fundamental planteaba inicialmente la pregunta sobre la relación entre los conceptos utilizados allí “ejecución de las leyes federales” y “Administración (federal)” y el alcance competencial derivado de esto, de las consiguientes disposiciones constitucionales. Las dos cuestiones recibieron poco mas tarde una amplia aclaración gracias a la jurisprudencia del tribunal Constitucional Federal³.

a) Al ver ya la amplia asignación de competencias prevista en la prescripción de partida, en el artículo 30 de la Ley Fundamental, observamos que “Administración” seguramente no se puede limitar solo a la ejecución de las leyes. El concepto de administración comprende precisamente, también –sobre todo en el importante campo de la administración de fomento– la realización de tales fines de bienestar comunitario, cuya llevada a cabo no se entiende como ejecución de leyes. Como la administración, así como la entiende la Constitución alemana, especialmente no está sujeta a ninguna reserva legal total, el efecto de los artículos 30, 83 y ss de la Ley Fundamental abarca así principalmente también las actividades administrativas fuera del campo de utilización de las concretas normas competenciales.⁴

El Tribunal Constitucional ya dejó esto claro en 1960 en el conflicto por la organización de emisiones radio-

² Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (en lo siguiente: “BVerfGE”) 32, 145 (156); 63, 1 (38 y s).

³ Véanse BVerfGE 12, 205 y ss; 22, 180 (216 y s).

⁴ Véase K. Stern, “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, tomo II, 1980, pág. 781 y s. Para la diferenciación tipológica-normativa entre normas de competencia y de capacidad en general, véase P.J. Tettinger, en: “Die Verwaltung” 22 (1989), pág. 296 y ss.

fónicas (palabra clave: “Televisión Alemana, Sociedad de responsabilidad limitada” –“Deutschland-Fernsehen-GmbH”) pretendida por la Federación⁵. El Gobierno federal de entonces, bajo el mandato de Adenauer, partía de la base de que los artículos 83 y ss de la Ley Fundamental comprendían únicamente la administración resultante de la ejecución de las leyes. El supremo Tribunal alemán, sin embargo, dejó perfectamente claro, que el orden competencial de la Ley Fundamental para el reparto de las funciones administrativas es de aplicación siempre que se trate de la ejecución de “funciones públicas”, por cierto, sin determinar más este término. Hoy en día existe unanimidad de que bajo el concepto de funciones públicas en un sentido amplio están integrados todas aquellas funciones administrativas que sirven para la realización y concretización de fines de bienestar general.

b) Si bajo el aspecto del derecho constitucional la administración está regulada tanto en la “forma accesoria de la ley” como en la de “libre de ley”, la siguiente pregunta que se nos presenta se refiere al campo de acción de los artículos 88 y ss de la Ley Fundamental:

aa) Para la administración, que realiza la ejecución de las leyes federales, las citadas disposiciones legales suponen una regulación exhaustiva. El concepto de “ley federal” es interpretado en un sentido material, es decir, comprende todas las normas del derecho federal escritas o no escritas, pues, tanto las leyes en el sentido formal como los reglamentos del Gobierno.

Los artículos 83 y ss de la Ley Fundamental son de análoga aplicación, además, sobre el derecho de las Comunidades Europeas, en cuanto esto es de inmediata aplicación y por esta razón no debe ser transformado por las leyes federales, a pesar de que en realidad no se trate ni de leyes del Bund ni de leyes del Land. Por lo tanto, el derecho comunitario, de inmediata aplicación, tiene que ser asimismo ejecutado principalmente por los Lander, lo que resulta conflictivo sobre todo en relación con la financiación del cumplimiento de los asuntos administrativos, debido también a que los Lander alemanes, al contrario de lo que ocurre con las normas legales nacionales, por el momento casi no poseen derecho de intervención en la constitución del derecho europeo⁶.

⁵ Véase BVerfGE 12, 205 (246 y ss).

⁶ Véase al respecto K. Stern, obra citada, pág. 785.

bb) Los artículos 83 y ss de la Ley Fundamental, como normas constitucionales federales, debido a la soberanía de los Lander, no son aplicables sobre la administración del Land libre de legislación, ni sobre aquellas medidas administrativas que sirven para llevar a cabo las propias leyes del Land. Aquí, es decir, concretamente en los ámbitos de propia organización del Land y, allí incluido, de la administración local, administración de la policía y de orden público, administración de cultura que incluye la organización escolar y educativa, actúan únicamente y en todo caso las directrices y limitaciones generales de derecho constitucional, como por ejemplo el imperativo de homogeneidad en el artículo 28, párrafo 1, frase 1, los principios estructurales del estado en el artículo 20 así como los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

La ejecución de las leyes del Land o la influencia sobre la correspondiente acción ejecutiva de los Lander, por parte de los órganos de la Administración federal es consecuentemente totalmente improcedente⁷.

cc) Teniendo en cuenta el mandamiento central del artículo 30 de la Ley Fundamental, que sólo permite la actuación del Bund en base a autorizaciones explícitas de la Ley Fundamental para la tramitación de “capacidades estatales” y “funciones estatales”, ya es de mencionar aquí la discusión hasta que punto puede actuar por propia iniciativa la administración del Bund también en forma libre de legislación, por encima de las prescripciones concretas de la Ley Fundamental, es decir, independientemente de las disposiciones legales y en base de una propia decisión.

2. *Las competencias administrativas de los Lander*

Resulta, que, en cuanto la Ley Fundamental no hace indicaciones sobre las competencias administrativas del Bund, los Lander tienen la competencia administrativa conforme a la formulación –casi con carácter de cláusula general– del artículo 83 de la Ley Fundamental. Contrario a los artículos 70 y ss de la Ley Fundamental correspondientes a las competencias legislativas de los

⁷ Véanse las BVerfGE 12, 205 (221); 21, 312 (325).

Lander, está el ámbito de sus respectivas atribuciones ejecutivas -claramente más amplio-. Esto viene dado por la decisión de los padres de la Ley Fundamental, pero también, por la resolución de las potencias de ocupación después de la segunda Guerra Mundial, tras las precedentes experiencias negativas con la administración centralista del "Reich", de dejar limitada desde entonces la administración central federal, pues por razones de desconcentración del poder, de descentralizar ampliamente el ámbito del poder ejecutivo⁸.

En cambio, los ámbitos de la legislación federal contenidos en los artículos 70 y ss de la Ley Fundamental, desde el principio habían sido concebidos mucho más amplios y resultaron, además, permanentemente ampliados a base de diversas modificaciones constitucionales (por ejemplo, en cuanto a la materia de legislación ambiental, art. 74, número 24 de la Ley Fundamental). Aparte de eso, también la jurisprudencia del tribunal Constitucional Federal, a través de su comentario al artículo 72, párrafo 2 número 3 de la Ley Fundamental (palabra clave "uniformidad de las condiciones de vida") le aseguraba al legislador federal un inmenso ámbito de creatividad discrecional-política⁹. El artículo 72, párrafo 2 número 3 de la Ley Fundamental, que fue concebido en realidad y según su concepción originaria para defender al legislador del Land ante las injerencias del legislador federal, se convirtió así en una "puerta de entrada" para una deformación unitarista del principio del Estado Federal, como dicen algunos¹⁰.

Sea como sea, el actual dualismo emanado del derecho constitucional vigente, que acepta por una parte los poderes legislativos dominantes del Bund y por el otro lado las prepotentes competencias ejecutivas de los Länder, fue aparentemente la causa por la que en España¹¹ se cualifica al sistema de reparto de competencias del Estado federal alemán con el concepto de "federalismo de ejecución" proveniente del derecho público suizo¹².

En orientación a la diferenciación contenida en los artículos 84 y 85 de la Ley Fundamental, a continuación hay que distinguir si los Länder ejecutan las leyes federales como "asuntos propios" (a) o si actúan "por encargo", o bien, "por delegación" del Bund (b).

⁸ Relativo a la génesis de los artículos 83 y ss de la Ley Fundamental, véase K. Stern, obra citada, pág. 778.

⁹ Véanse BVerfGE 2, 213 (224 y s); 4, 115 (127); 10, 234 (245); 13, 230 (233 y s); 26, 338 (382 y s); 33, 224 (229); 34, 9 (39); 39, 96 (114 y s).

¹⁰ En este sentido véase últimamente por ejemplo J. Isensee, "Der Föderalismus und der Verfassungsstaat der Gegenwart", en: "Archiv des öffentlichen Rechts" (AöR) 115 (1990), pág. 248 (256).

¹¹ Así los autores del examen contrario al concepto de Administración Única, Peces-Barba/Parejo Alfonso/Aquíar de Luque, "Estudio jurídico sobre la propuesta de Administración Única", Getafe 1992, pág. 37 y s.; véase también A. Jiménez-Blanco, "Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales", Madrid 1985, pág. 37.

¹² Véase Y. Hangartner, "Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts", tomo 1, 1980, pág. 82.

a) La ejecución de las leyes federales por los Länder como asunto propio (artículo 84 de la Ley Fundamental)

Como prototipo de la ejecución de las leyes federales por los Länder, el artículo 83 de la Ley Fundamental prevé el caso de la administración propia del Land, más exactamente: la ejecución propia por el Land de las leyes federales. En la cualificación expresa de la actividad ejecutiva como asunto "propio" se manifiesta un poco de la soberanía de los Länder, por lo que es erróneo denominar este tipo de administración como "básicamente una administración cooperativista federal descentralizada"¹³. La administración de los Länder al ejecutar las leyes federales no fue concebida como una organización administrativa jerárquicamente inferior a los órganos federales. Más al contrario, se halla contrapuesta a la Federación de manera independiente y autónoma.

El carácter de "asunto propio" se manifiesta precisamente en el hecho de que los Länder, gracias a su poder de organización estatal, deciden de forma independiente y con total alcance sobre la ejecución de las leyes federales. Las intervenciones federales solo se permiten en escasos supuestos especiales que tienen que estar expresamente prescritos y descritos por el derecho constitucional.

aa) Poder de organización de los Länder

La ejecución de las leyes federales como "asunto propio" garantiza a los Länder principalmente un poder de organización ilimitado para el arreglo de las estructuras administrativas necesarias y les da la libertad para regular los respectivos procedimientos administrativos, siempre y cuando las leyes federales, que necesitan de la aprobación del Consejo Federal ("Bundesrat") como órgano federativo compuesto por los delegados de los gobiernos de los Länder, no dispongan algo contrario (artículo 84, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Los Länder en general pueden, por lo tanto, si lo desean, llevar a cabo la ejecución en forma de administración inmediata o directa del Land (es decir, a través de autoridades propias del Land) o pueden elegir formas de administración mediata o indirecta del Land, es decir, que personas ju-

¹³ Así todavía *Fr. Rlein*, en: "Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeindenn", 1965, pág. 125 (129), como aquí: *P. Lerche*, en: Naunz-Dürig, "Rommentar zum Grundgesetz", 1991, Art. 83 acotación núm. 21.

rídicas del derecho público, incluso de las Corporaciones locales, se ocupen de la ejecución de la ley, así como determinar los respectivos procedimientos administrativos.

bb) Posibilidades de influencia y control del Bund

La ejecución propia por parte del Land de las leyes federales supone además, que los Länder en principio no estén sujetos a ninguna instrucción del Bund y que el Gobierno Federal está limitado al control de la legalidad, es decir, que las acciones administrativas de los Länder no pueden ser comprobadas en lo que se refiere a su finalidad o a su oportunidad política.

El artículo 84 de la Ley Fundamental solo pone límites a la amplia competencia de ordenación propia del Land al conceder al Bund expresamente determinadas posibilidades de influencia de distinto tipo.

(1) El Bund puede lograr influencia primeramente a través de correspondientes formulaciones en las propias leyes federales que necesitan en todos estos casos de la aprobación de los representantes de los Länder en el Consejo Federal. El deber de aprobación se da, según el artículo 84 para la influencia sobre la organización de las autoridades administrativas, o bien sobre el procedimiento administrativo (párrafo 1). Las autoridades en el sentido de este precepto no son sólo las unidades administrativas de la administración estatal inmediata a nivel de los Länder, sino también los Municipios y las demás Corporaciones locales¹⁴. En este contexto, el artículo 84 párrafo 1 de la Ley Fundamental permite al legislador federal la asignación de competencias a los municipios como asuntos autónomas únicamente en el caso, "si se trata de una puntual regulación de anexo en relación con una competencia material del legislador federal y si esta regulación de anexo resulta necesaria para la ejecución eficaz de las prescripciones de aquellas leyes"¹⁵.

Antiguos debates acerca de la interpretación del ámbito de regulación del "procedimiento administrativo" desaparecieron prácticamente gracias a la aprobación de leyes de procedimiento administrativo ampliamente concordantes por parte del Bund y de los Länder¹⁶.

¹⁴ Véase BVerfGE 77, 288 (299).

¹⁵ Véase la sentencia antes citada –a continuación a lo dicho en la sentencia BVerfGE 22, 180 (209 y s).

¹⁶ Véase por una parte la Ley de Procedimiento administrativo (nVerwaltungsverfahrensgesetz) de la Federación, del 25 de mayo de 1976 (Boletín Oficial de Legislación Federal - Bundesgesetzblatt, BGBl. I pág. 1253) y por otra parte, por ejemplo, la prácticamente idéntica Ley de Procedimiento Administrativo del Land Northerhenania-Westfalia ("Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen") del 21 de diciembre de 1976 (en: "Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalenn - GV NW - pág. 438).

El deber de aprobación se da también en el caso de que haya que concederle excepcionalmente al Gobierno Federal el poder para formular instrucciones para casos concretos frente a las autoridades superiores del Land responsables de la ejecución de la Ley (artículo 84, párrafo 5 de la Ley Fundamental). Sólo cuando el Gobierno Federal lo considere urgente se puede hacer uso de este derecho directivo –supuesta su regulación legal– incluso frente a las autoridades del Land subordinadas.

El artículo 84, párrafo 2 de la Ley Fundamental prevé además la proclamación de directivas administrativas generales, que también necesitan de la aprobación de la cámara de los Länder. Estas directrices se caracterizan por ser de carácter abstracto, y no tener nunca rango de instrucciones concretas.

La práctica estatal como bien señala *Konrad Hesser*, convirtió en regla la segunda parte del artículo 84, párrafo 1 de la Ley Fundamental, con la reserva legal allí inherente¹⁷: El derecho de organización y de procedimiento en los Länder está condicionado en gran medida por las regulaciones uniformes del Bund en sus respectivas leyes sectoriales, como por ejemplo se ve claramente en la Ley de Extranjería del Bund y en su amplio apartado regulador del correspondiente procedimiento administrativo (60 - 83)¹⁸.

(2) Otra categoría más de posibles influencias federales en este contexto lo constituyen –primero– tanto el envío de un comisionado (igualmente sin poder directivo) a las autoridades superiores del Land para controlar la ejecución legal de las leyes federales, como –segundo– la queja por defectos en la acción ejecutiva (“reclamación por defecto” – “Mängelrüge”). También aquí se aprecia la fuerte posición de los Länder: Si tienen que ser enviados comisionados del Bund también a las autoridades administrativas subordinadas del Land, se necesita antes, según el artículo 84, párrafo 3 frase 2 de la Ley Fundamental, la aprobación, bien de la afectada autoridad superior del Land, o bien del “Bundesrat” (Consejo Federal). En el caso de reclamación corresponde al Consejo Federal la resolución de si existe violación de algún derecho, según el artículo 84 párrafo 4 de la Ley Fundamental; después de eso, en su caso, así como antes los demás medios de control, cabe apelación ante el

¹⁷ Véase *K. Hesse*, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, 17a. ed., 1990, acotación núm. 245.

¹⁸ Compárese “Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz - AuslG)n del 9 de julio de 1990 (BGBl. I pág. 1354).

Tribunal Constitucional Federal por la vía del conflicto de competencia entre el Bund y los Länder ("Bund-Länder-Streit").

Los mecanismos de control últimamente citados presentan una serie de problemas de delimitación, que aquí no van a ser tratados¹⁹, ya que el envío de comisionados y la reclamación por defecto, hasta ahora casi no tuvieron carácter relevante a lo largo de los 40 años de vigencia del Estado Federal.

cc) Financiación.

El reverso de la política financiera de la moneda en lo que respecta la "auto-responsabilidad" de los Länder al ejecutar leyes federales se denota en el principio de conexión entre responsabilidad de funciones y de pagos, como está preceptuado en la parte de derecho constitucional financiero, más exactamente, en el artículo 104.a, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental. En su mérito, el Bund y los Länder se deben hacer cargo separadamente de los gastos que resulten del cumplimiento de sus respectivas funciones; en otras palabras: si los Länder se encargan de ejecutar las leyes federales como "asunto propio", automáticamente les corresponde la obligación de correr con los gastos.

b) La ejecución de las leyes federales por parte de los Länder "por delegación" de la Federación (artículo 85 de la Ley Fundamental)

Como excepción al caso normal de ejecución de las leyes federales como "asunto propio" de los Länder, la Ley Fundamental, en algunas disposiciones para ámbitos especiales determinados, prevé la ejecución en parte obligatoria, en parte facultativa, por parte de los Länder "por delegación" o por encargo del Bund. Las materias especiales de la legislación sectorial federal que hay que llevar a cabo mediante "la administración por delegación del Bund" son por ejemplo:

Obligatorias:

— La administración de las autopistas federales y demás carreteras nacionales por parte de los Länder, o bien

¹⁹ Para estos problemas véase por ejemplo *K. Stern*, obra citada, pág. 803 y ss.

por parte de las respectivas Corporaciones locales competentes según el derecho del Land (artículo 90, párrafo 2, Ley Fundamental).

— La administración de los impuestos que estén destinados parcial o totalmente al Bund, a través de las autoridades de hacienda del Land (art. 108, párr. 3 frase 1, Ley Fundamental). Facultativas:

— La ejecución de disposiciones en materia de la energía nuclear (art. 87.c de la Ley Fundamental) y del tráfico aéreo (art. 87.d, párr. 2, Ley Fundamental).

— La administración de las vías navegables federales por petición de un Land (art. 89, párr. 2, frase 3 de la Ley Fundamental).

— La administración de aquellas leyes de prestación en las que el Bund lleva la mitad de los pagos o más (art. 104.a, párr. 3, frase 2, Ley Fundamental).

Una administración por delegación –facultativa–, con una figuración ciertamente atípica, existe también en el ámbito de la administración de defensa (compárense el art. 87.b párr. 2 de la Ley Fundamental). El ámbito de aplicación de esta denominada administración por delegación del Bund está regulada, al igual que la de la propia administración federal, sobre la que hablaremos más adelante, de una forma enumerativa: Sólo procede si está prevista por la Ley Fundamental para una determinada materia de administración o si puede ser introducida por ley a través de una autorización de derecho constitucional. Por encima de estos casos, para hacer uso del tipo de administración por delegación del Bund, se necesita modificar la Constitución.

aa) *Delimitación de la administración “propia del Land”.*

En realidad, la administración por encargo de la Federación no es una administración del Bund. Se trata más bien de un “algo intermedio”²⁰ entre la administración propia del Land y la administración propiamente federal, pues forma parte del ámbito competencial de los Länder (a este respecto el concepto de “administración por delegación *del Bund*” es erróneo), pues, los órganos que actúan no son en absoluto órganos del Bund.

²⁰ Así K. Stern, obra citada, pág. 808.

La diferencia con la administración propia del Land según los artículos 83 y 84 de la Ley Fundamental, sólo estriba en que los derechos de injerencia del Bund se ven fortalecidos. Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal claramente subrayó este criterio en las sentencias acerca del control de la utilización de la energía nuclear, tema del que trataré más adelante (punto III).

La administración por delegación del Bund es, al igual como la administración propia del Land según el artículo 83 de la Ley Fundamental, administración accesoria a la Ley; sería inadmisibles fuera de la legislación sectorial del Bund, dadas las asignaciones a favor de las competencias de los Lander, establecidas en los artículos 30 y 83 de la Ley Fundamental.

bb) *Posibilidades de influencia y control del Bund.*

Administración por encargo o delegación del Bund significa, a diferencia de la administración propia del Land, como ya se dijo, sobre todo un vínculo más intenso de los Lander, en el sentido de posibilidades de intervención mucho más fuertes del Bund. Además de los mecanismos de influencia permitidos ya en el marco de la administración propia del Land surgen:

— la regulación de la formación uniforme de los funcionarios empleados de la Administración (art. 85, párr. 2, frase 2, Ley Fundamental), aunque sólo sea a través de directivas administrativas;

— el nombramiento de los directores de autoridades intermedias del Land, sólo en conformidad con el Gobierno federal (art. 85, párr. 2, frase 3, Ley Fundamental);

— la capacidad de dictar instrucciones que les corresponde, frente a la autoridad del Land, a las competentes autoridades federales supremas, independientemente de las regulaciones legales especiales, según el artículo 85, párr. 3 de la Ley Fundamental²¹ (al igual que en la ejecución propia del Land de las leyes federales pueden pronunciarse instrucciones también frente a las autoridades subordinadas del Land únicamente en el caso de urgencia); y finalmente

²¹ Para más información al respecto véase F. Ossenkötter, en: "Der Staat", 28 (1989), pág. 31 y ss – con más referencias al tema.

— el control por parte del Bund, regulado en el artículo 85 párr. 4 de la Ley Fundamental, que permite el amplio control de la ejecución también a su finalidad y oportunidad. Para este fin, el Gobierno Federal puede exigir informes y presentación de expedientes, y también puede enviar comisionados a todas las autoridades.

cc) *Financiación.*

La consideración de la administración por delegación de la Federación como “cosa intermedia” entre la administración propia del Land y la administración propiamente federal, se subraya aún más en las disposiciones sobre las financiaciones de este tipo de funciones: según la norma competente de la Ley Fundamental, siempre que los Länder actúen por encargo del Bund, éste corre con los gastos resultantes (art. 104.a párr. 2, Ley Fundamental). Esto, sin embargo, sólo es válido para los gastos propiamente “funcionales” que se deriven de las actuaciones para la realización de la administración por delegación, es decir aquellos gastos que estén en inmediata relación con el propio cumplimiento de las respectivas funciones administrativas. Para los gastos de administración que sean gastos del mantenimiento y funcionamiento del aparato administrativo, se mantiene el principio de conexión entre funciones y gastos —con la consecuencia de que tienen que ser pagados por los Länder, incluso en el caso de administración por delegación del Bund (art. 104.a párr. 5, Ley Fundamental)²².

c) **Primeros resultados.**

Como resultado provisional queda claro que el ordenamiento federativo de la Ley Fundamental le asigna a los Länder la “parte del león” en lo que se refiere a la ejecución de las leyes federales y al dominio de los asuntos administrativos libres de legislación, haciendo depender la influencia del Bund de presupuestos detalladamente establecidos. El ámbito de ejecución propia de las leyes federales por el Land hay que considerarlo como administración de los Länder, al igual que la administración por delegación del Bund, en la cual, sin embargo, los mecanismos de dirección y control se ven reforzados.

²² Para más información sobre la diferenciación de ambos tipos de pagos: *Th. Maunz*, en: *Maunz-Dürig, “Kommentar zum Grundgesetz”*, Art. 104.a acotaciones núm. 61 y ss.

3. *Administración propia de la Federación.*

Bajo la idea general de "Administración propia del Bund" hay que examinar desde ahora la ejecución de los deberes administrativos a través de órganos, autoridades e instituciones bajo la responsabilidad exclusiva de la propia Federación, dígase Administración Federal en el sentido literal²³. La sistemática comprendida en las normas constitucionales competentes, primeramente contenidos en los artículos 86 y ss de la Ley Fundamental, no es fácil de comprender. Esto es, entre otras cosas, -debido al hecho de que las mencionadas normas, especialmente el citado artículo 86 de la Ley Fundamental, contienen -además de las regulaciones de la relaciones Bund-Länder- también enumeradas atribuciones acerca del poder organizativo del propio Bund, mas exactamente del reparto de competencias entre órganos federales (especialmente del Gobierno Federal y del Parlamento Federal).

Existen dudas en cuanto a la justificación de la administración federal en el ámbito de administración libre de legislación y relativo a las en este contexto admisibles formas de actuación que yo sólo tengo tiempo de tocar con brevedad.

Según el esquema principal de los artículos 30 y 83 de la Ley Fundamental sobre el reparto de competencias administrativas entre el Bund y los Länder, las leyes federales sólo se pueden ejecutar a través del Bund, cuando la Ley Fundamental lo prevea o permita expresamente. Desde luego, la Administración federal es, del mismo modo como la administración por delegación del Bund por parte de los Länder, sólo un "tipo de administración prevista enumerativamente"²⁴.

a) **Tipo de administración especificado sobre todo en los artículos 86 y ss de la Ley Fundamental.**

Las normas reguladoras de la administración propia del Bund se encuentran primeramente en los artículos 86 y 87 de la Ley Fundamental y -además- en la parte del derecho constitucional-financiero (art. 108, párr. 1)

²³ Más detalladamente al respecto véase sobre todo A. Dittmann, "Die Bundesverwaltung", 1983.

²⁴ Véase K. Stern, obra citada, pág. 816.

así como en las disposiciones transitorias y finales (art. 120.a) de la Ley Fundamental. El conjunto de estas prescripciones muestra algunas importantes diferencias fundamentales, que a continuación se esbozan en forma breve.

aa) *Administración federal obligatoria, facultativa y solicitada.*

Así como en el ámbito de la administración de los Länder por delegación del Bund hay que distinguir primeramente el grado de obligación de la administración federal. Puede ser determinada de una forma obligatoria por medio de la propia Ley Fundamental, pero también, en base a una autorización de la misma, se puede prever como facultativa a través de una ley federal, precisando para ello, según la correspondiente norma competencial, casi siempre de la aprobación del Consejo Federal. Finalmente, la administración federal en esporádicos casos también puede ser solicitada por parte de un Land, tal como prevé el artículo 90, párrafo 3 de la Ley Fundamental para la administración de autopistas y de carreteras federales.

bb) *Administración federal de forma mediata y inmediata.*

Luego hay que diferenciar las posibles formas organizativas de la administración federal. La Ley Fundamental, en su artículo 86, párrafo 1, menciona concretamente dos modalidades:

(1) Administración federal *de forma inmediata* a través de la "administración propia del Bund": Se trata de propias autoridades de la Federación, bien sea en forma de administración centralizada (como en el caso del Tribunal de Cuentas Federal), bien sea en forma de una organización administrativa jerarquizada (como en el caso de la administración militar, art. 87.b de la Ley Fundamental).

(2) Administración federal *de forma mediata*, a través de personas jurídico-públicas independientes, es decir, corporaciones, institutos y fundaciones del derecho público. El artículo 88 de la Ley Fundamental establece como obligatoria esta forma de administración para el banco central ("Bundesbank").

cc) Otras formas de organización.

Otras formas organizativas de la administración federal, tal y como han sido desarrolladas por la práctica estatal, no son expresamente establecidas en la Ley Fundamental. Entre ellas se encuentran sobre todo los institutos dependientes y simples delegaciones de la Administración federal, especialmente el aprovechamiento de las formas de organización jurídico-privada, como la Sociedad Anónima ("Aktiengesellschaft") o la Sociedad de Responsabilidad Limitada ("GmbH") –como indicios del derecho constitucional pueden servir al menos el artículo 110, párrafo 1 y el artículo 135, párrafo 6 de la Ley Fundamental, donde se habla de empresas federales o bien de participaciones a empresas privadas– así como la cooperación con personas o empresas privadas en el cumplimiento de los deberes de la Administración pública, como por ejemplo la dotación de particulares con funciones o capacidades públicas ("Beleihung").

El dictamen jurídico constitucional de tales formas complementarias de actuación debe orientarse, en cada caso particular, a que –primero– en realidad existe la competencia administrativa necesaria según los artículos 30, 83 y ss de la Ley Fundamental, y a que –segundo– la respectiva forma de organización se ajusta a las prescripciones de organización administrativa de la Ley Fundamental. Esta última cuestión depende decisivamente de si la norma constitucional competente tiene un carácter exhaustivo, lo que a menudo no es fácil de averiguar.

b) Intentos de tipificación relativo a las materias de la administración propia de la Federación.

El artículo 86 de la Ley Fundamental se refiere además en primer lugar al reparto del poder organizativo entre los órganos federales, especialmente entre el Gobierno Federal y el Parlamento, lo que para nosotros en este contexto no tiene interés.

En relación con las materias de la administración federal, tal y como son enumeradas especialmente en el artículo 87, hay que distinguir entre esas materias que

ya están precisamente establecidos en la propia Ley Fundamental, y aquellas que requieren una más detallada regulación de normativa legal del Bund, dada su carácter facultativo.

aa) *Administración federal en base a prescripciones constitucionales obligatorias.*

(1) La administración propia del Bund con estructuras de "administración periférica" propias está prescrita como *obligatoria* en el artículo 87 párrafo 1, *frase 1* de la Ley Fundamental, para:

- La administración de los asuntos exteriores.
- La administración federal de hacienda (con las excepciones especificadas en el artículo 108 de la Ley Fundamental).
- Los ferrocarriles federales.
- El correo federal.
- La administración de las vías navegables federales y la navegación (en conformidad con lo dispuesto en el art. 89 de la Ley Fundamental).

Y en los artículos 87.b párrafo 1 y 87.d párrafo 1 de la Ley Fundamental:

- La administración militar.
- La administración de la navegación aérea (con las posibilidades de modificación establecidas en el artículo 87.d párrafo 2 de la Ley Fundamental).

En estas materias existe una administración escalonada de autoridades federales a nivel nacional, regional y local. Dada la exhaustiva adjudicación de los correspondientes competencias al Bund, aquí carece de importancia si la administración en los mencionados campos de actuación se realiza mediante la ejecución de disposiciones legales, o si, por el contrario, tiene lugar en un campo libre de legislación.

Esta sistemática, como dentro de un momento explicaré, ha adquirido una variación notable a través de la reciente modificación del artículo 87.d párrafo 1 de la Ley Fundamental, quien autoriza, a partir de ahora, también la introducción legal de formas de organización del derecho privado en el ámbito de la administración de la navegación aérea²⁵.

²⁵ Véase la Ley de modificación de la Ley Fundamental ("Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes"), del 14 de julio de 1992 (Boletín de Legislación Federal - BGBl. I pág. 1254).

(2) Administración federal en forma de corporaciones *inmediatas*, es decir, de corporaciones jurídico públicas directamente dependientes del Bund, se prevé según el artículo 87, párrafo 2 de la Ley Fundamental, para la organización de aquellos *instituciones de Seguro Social* cuyo territorio de actuación se extienda más allá de los límites de un Land.

bb) *Administración federal facultativa en base a autorizaciones especiales.*

Además y en base a explícitas autorizaciones otorgados por la Ley Fundamental, el Bund puede –de forma facultativa– instituir formas adicionales de administración federal. Entre los casos especificados explícitamente por la Constitución se encuentran:

— La institución de las autoridades del denominado “Bundesgrenzschutz”, que constituye una forma de policía nacional competente para la vigilancia de las fronteras exteriores (a parte de las propias administraciones policiales de los Länder, que tienen principalmente la competencia exclusiva en esta materia), según el artículo 87, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental, así como, de acuerdo con la misma norma constitucional,

— las autoridades centrales (“Zentralstellen”) para determinados asuntos policiales y para fines de la protección de la Constitución (“Verfassungsschutz”). El término “autoridad central” prohíbe una propia organización “periférica” o escalonada; sólo se admiten instituciones “centrales”, es decir, con competencia de actuación en todo el territorio nacional. A esta categoría corresponden, por ejemplo, el denominado “Bundeskriminalamt”²⁶ (oficina federal para la lucha contra determinados tipos de crímenes) y la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (“Bundesamt für Verfassungsschutz”²⁷).

cc) *La cláusula general del artículo 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental.*

El artículo 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental contiene una cláusula general que otorga al Bund poder para realizar actividades administrativas adicionales, es decir, más allá de los campos ya mencionados. De esta autorización se ha hecho uso en múltiples ocasiones²⁸.

²⁶ Compárese “Gesetz über die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (Bundeskriminalamt)”, del 8 de marzo 1951 (BGBl. I pág. 165) en la versión vigente del 28 de junio de 1973 (BGBl. I pág. 704).

²⁷ Compárese 2 de la Ley sobre la Protección de la Constitución (“Bundesverfassungsschutzgesetz”), del 20 de diciembre de 1990 (BGBl. I pág. 2954).

²⁸ Véanse las referencias en: K. Stern, obra citada, pág. 828.

(1) Primeramente se trata de la primera frase del artículo 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental, que contiene la facultad complementaria (“además”) concedida al Bund por la que éste puede, en determinadas materias de su competencia legislativa, mediante una ley federal, crear autoridades superiores federales autónomas (por ejemplo: Oficina Federal de Protección contra las radiaciones; Oficina Federal de la Salud; Oficina Federal de Medio Ambiente), así como crear nuevas corporaciones e instituciones inmediatas, es decir, corporaciones e instituciones de derecho público y directamente dependientes de la Federación a nivel nacional (“Facultativa Administración federal mediata”), como por ejemplo la denominada “Kreditanstalt für Wiederaufbau” (Instituto de Crédito para Reconstrucción) o la Oficina Federal “Technisches Hilfswerkn. Únicamente decisiva es, en este contexto, la existencia de una competencia legislativa del Bund en las respectivas materias, independientemente de que el Bund ya haya hecho o no en realidad uso de esa capacidad, y sin tener que diferenciar la forma y la posible densidad reguladora de su competencia legislativa. Como base de legitimación hay que tomar en consideración, además, también una serie de competencias legislativas “no escritas”, como han sido desarrolladas (por parte de la jurisdicción constitucional) al amparo de los artículos 70 y ss de la Ley Fundamental. Las autoridades federales deben ser, por encima de eso, adecuadas para el desempeño de las respectivas funciones; a parte de eso no hace falta la comprobación de una exigencia especial²⁹. Por cierto: Del paralelismo contenido en el artículo 87, párrafo 1, primera frase, de la Ley Fundamental, entre corporaciones u instituciones y las autoridades superiores federales autónomas, resulta una cierta restricción también en lo que concierne a la administración mediata del Bund, en cuanto tales instituciones administrativas no estén destinados a actuar a todo el nivel nacional³⁰.

En el ámbito de utilización del artículo 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental cae una gran parte de las autoridades centrales creadas en el pasado por el legislador federal, cuya constitucionalidad tenía que ser verificada aisladamente por el Tribunal Constitucional Federal —como ocurría en los casos, por ejemplo, de la denomina-

²⁹ Compárese BVerfGE 14, 197 (211, 213 y s).

³⁰ Compárese *Th. Maunz*, en: *Maunz-Dürig*, obra citada. Art. 87 acotación núm. 84 c; *A. Dittmann*, obra citada, pág. 253.

da “Oficina Federal verificadora de los Escritos que pueden perjudicar a la juventud” (“Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften”)³¹ y de la “Oficina Federal para el Control del Sector de Crédito” (“Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen”)³².

(2) La *segunda* frase del artículo 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental le permite al Bund el establecimiento de propias autoridades medias y subalternas, cuando “en materias de su competencia legislativa nacen *nuevas tareas* para la Federación”, lo que debe ser interpretado restrictivamente debido a la amplitud de esta norma constitucional: “Nueva” es una tarea sólo cuando aparece por primera vez o cuando por su importancia se presenta como una función que debe ser atendida por el Estado global³³ Para establecer autoridades medias y subalternas en estas situaciones tiene que existir además una “necesidad urgente”, que sólo se puede aceptar cuando objetivamente hay importantes intereses públicos para atender esta función no sólo bajo dirección federal sino precisamente a través de autoridades medias y subalternas del Bund³⁴. Además, la creación de la administración federal está unida aquí a la aprobación del Consejo Federal y a una mayoría cualificada en el Parlamento (mayoría de los miembros legales).

dd) *Otras facultades de estructuración administrativa del Bund?*

En la actualidad, cada día hay mayores controversias en torno a la pregunta de si la Federación puede crear otras nuevas oficinas de administración federal por encima de la explícitas competencias administrativas descritas hasta ahora. El motivo de esta discusión es el gran número de organizaciones federales creadas independientemente de las disposiciones legales y que operan por tanto en una “zona gris” del derecho constitucional, como por ejemplo, instituciones culturales y científicas, especialmente las que tienen formas de organización y de actuación de derecho privado.

Aquí hay que señalar:

— El límite extremo de cada actividad administrativa de la Federación, le forma su competencia legislativa³⁵.

— En estrechas condiciones, el Bund puede recurrir

³¹ Véase BVerfGE 31, 113 y ss.

³² Véase BVerfGE 14, 197 y ss.

³³ K. Stern, obra citada, pág. 827.

³⁴ Ibid.

³⁵ Véanse sentencias del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 12, 205 (229) y 78, 374 (386).

también a las llamadas competencias legislativas “no escritas”. Los criterios de “conexión de materias” (“Sachzusammenhang”) o de “competencia anexa” (“Annexkompetenz”) son tanto allí como aquí relevantes³⁶. Una forma especial de la competencia administrativa del Bund no escrita la constituye el punto de vista de la apremiante “superregionalidad” (“Überregionalität”), y que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, tiene relevancia siempre cuando la actividad se extiende necesariamente a todo el territorio nacional, o afecta a aspectos internacionales, por lo que no puede ser ejecutada de forma efectiva sólo por un Land³⁷.

Por lo tanto, la delimitación exacta de la propia competencia administrativa del Bund ofrece considerables dificultades en el ámbito, por ejemplo, de *Fomento del Deporte*, lo que, dada su estrecha relación con el fomento de la cultura, debería competir en principio a los Länder, y en muchos aspectos también es ejercido por estos³⁸.

A menudo tampoco es fácil enjuiciar la legalidad de algunos tipos de organización concretos de la administración federal. Se dan cuestiones especialmente delicadas en relación con la privatización de las funciones administrativas que originariamente eran llevadas a cabo a través de formas administrativas clásicas. A este respecto, lo primero que surge es el problema de si el Bund, en los ámbitos en los que la Ley Fundamental obliga a tener determinados tipos de autoridades, puede en estos casos servirse de particulares para el cumplimiento de esas funciones, o si puede privatizar formal o materialmente los ámbitos correspondientes total o parcialmente. Así, se dispute la compatibilidad con el derecho constitucional de una más intensa privatización del correo federal (“Bundespost”) o de los ferrocarriles federales (“Bundesbahn”)³⁹.

También se discute fuertemente la cuestión clave de hasta que punto es constitucional una “huida” de la Federación a las formas organizativas de personas jurídicas del derecho privado⁴⁰.

En estos dos problemas se basó el debate sobre la privatización de determinadas funciones de la administración del tráfico aéreo que según el artículo 87.d, párrafo 1 de la Ley Fundamental deberían ser llevados a cabo bajo dirección de la Federación –problema que final-

³⁶ Véase al respecto por ejemplo *K. Stern*, obra citada, pág. 783 y s, 829 y s.

³⁷ Compárese al respecto BVerfGE 22, 180 (217).

³⁸ Con más pormenores: *P.J. Tettinger*, “Rechtsprobleme der Subventionierung des Sports”, en la obra, editada del mismo autor, “Subventionierung des Sports”, 1987, pág. 33 (38 y ss).

³⁹ Sobre este tema: *E. Schmidt-Amann/G. Fromm*, “Aufgaben und Organisation der deutschen Bundesbahn in verfassungsgrechtlicher Sicht”, 1986; *F. Rirchhof*, “Tätigkeitsfelder der Deutschen Bundespost POSTBANR”, 1990. Además: *H. Lecheler*, “Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 I 1 GG - Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung?”, en: “Neue Verwaltungsrechtszeitschrift” (NVwZ) 1989, pág. 834 y ss.

⁴⁰ Véanse las referencias en: *K. Stern*, obra citada, pág. 831.

mente no pudo ser resuelto sin una modificación de la Constitución. Para darle al Bund la posibilidad de, por una parte, encargar a personas físicas o jurídicas del derecho privado la coordinación de la navegación aérea, y por otra parte, para transferir el control aéreo a una Sociedad de Responsabilidad Limitada ("GmbH") del propio Bund, el legislador federal había decidido una modificación de la Ley del Tráfico Aéreo que posibilitase al Ministro Federal de Tráfico para decretar los correspondientes reglamentos. El Presidente de la República Federal, sin embargo, rechazó la expedición de la correspondiente ley basándose en la afirmación de que la prevista privatización organizativa no sería conforme a lo previsto en el artículo 33, párrafo 4 y en el artículo 87.d, párrafo 1 de la Ley Fundamental⁴¹. El suplemento del artículo 87.d, párrafo 1 de la Ley Fundamental, surgido como consecuencia de esto, consiguió la deseada clarificación (por lo menos para este sector administrativo). La segunda frase añadida a esta disposición reza como sigue:

"Una ley federal determinará la forma del derecho público o privado de la organización administrativa"⁴².

Por lo demás, el Tribunal Constitucional Federal realmente otorgó a la Federación un considerable *margen de libre estructuración administrativa*⁴³.

De esta manera no se puede excluir a priori la administración en formas del derecho privado en los demás campos de actuación.

4. *Formas de administración cooperativa.*

Para completar este "tour d'horizon" permítanme que les haga algunas observaciones sobre las formas de administración cooperativa.

a) **La prohibición de principio de la "administración mixta".**

El sistema de distribución de competencias de la Ley Fundamental está basado en la máxima de la distribución exclusiva de competencias: El Bund y los Lander tienen que ser competentes independientemente uno del otro; en principio no hay duplicidad de competencias⁴⁴.

⁴¹ Compárese "Bulletin der Bundesregierung, núm. 8/91 del 26 de enero de 1991, pág. 46.

⁴² Véase la Ley de modificación de la Ley Fundamental ("Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes"), del 14 de julio de 1992 (BGBl. I pág. 1254); véase también la "Décima Ley de modificación de la Ley del Tráfico Aéreo" ("Zehntes Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes"), del 23 de julio 1992 (BGBl. I pág. 1370), que recientemente ha sido aprobada nuevamente por consecuencia de la modificación de la Constitución.

⁴³ Vgl. BVerfGE 63, 1 (34, 41).

⁴⁴ Véanse sentencias del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 61, 149 (204) y 67, 299 (321).

En determinados casos concretos, sin embargo, la delimitación entre administración mixta ilícita y algunas formas de cooperación lícitas presenta dificultades. Esto lo muestra, por ejemplo, el caso tratado por el Tribunal Constitucional Federal, y finalmente considerado compatible con la Constitución, sobre el “encargo” de una corporación de un Land con la gerencia de un centro de Seguridad Social del Bund⁴⁵.

b) “Tareas comunitarias” según los artículos 91.a y 91.b de la Ley Fundamental.

Según lo dicho, en realidad también es fundamentalmente ilícita cualquier forma de la llamada “administración de fondos”. Bajo este concepto se entienden las asignaciones financieras, reservadas para determinados fines especiales, dadas por la Federación para ejecutar tareas administrativas de los Lander, que aseguran, naturalmente, al Bund un alto grado de influencia. Este tipo de administración que encontrábamos muy a menudo antes de la reforma financiera del año 1969, ha sido delimitada en la actualidad en los artículos 91.a, 91.b y 104.a de la Ley Fundamental a unos pocos casos de ayudas financieras “lícitas”⁴⁶. Entre ellas hay que destacar las “tareas comunitarias” según el artículo 91.a de la Ley Fundamental. Para funciones más detalladamente determinadas, como en concreto para la ampliación o construcción de universidades, la mejora de la estructura económica regional, de la estructura agraria, y de la protección de las costas, es aplicable la forma lícita de “co-administración”, siempre y cuando ésta sea “de importancia para la colectividad” y “se requiera la cooperación de la Federación para mejorar las condiciones de vida”.

Del texto de la Ley Fundamental, sin embargo, se desprende claramente que se trata tanto ahora que antes, de “tareas incumbentes a los Lander”.

c) Otras posibles formas de “federalismo cooperativo”.

Bajo el llamativo concepto general de “federalismo cooperativo” se pueden englobar muchas otras formas

⁴⁵ Véase BVerfGE 63, 1 (37 y ss).

⁴⁶ Véase K. Stern, obra citada, pág. 834 y ss.

de cooperación entre la Federación y los Lander, cosa que es políticamente y constitucionalmente realmente deseable. Hay que nombrar, en este contexto, diversos organismos consultivos, que suelen operar en base a convenios administrativos, como por ejemplo el *Consejo de Ciencia* ("Wissenschaftsrat"), pero también la *Conferencia permanente de los Ministros de Cultura* ("Standige Konferenz der Kultusminister") y la *Conferencia de los Rectores de las Universidades* ("Hochschulrektorenkonferenz"). Con la introducción del artículo 91.b de la Ley Fundamental se creó una explícita base legal para muchos de esos ámbitos de cooperación que hasta entonces se realizaba únicamente de manera consensual.

El reverso oscuro de la moneda de estas formas cooperativistas⁴⁷ se ve a veces en el peligro de la preformación fáctica del proceso democrático, que interviene en los procedimientos de decisión de los órganos realmente competentes del Bund y de los Lander. Además y conforme con algunos voces, a través de este cooperativismo entre los Lander se puede conseguir una "unificación sobre el más pequeño común denominador", lo que entorpece el limitado experimento a la competición *entre* los Lander⁴⁸ –un fenómeno que se observa, por cierto, también a nivel de la Comunidad Europea.

II. Conflictos constitucionales actuales con motivo del control de la utilización de la energía nuclear.

Si mis explicaciones hasta ahora pueden haber dado la impresión de que la praxis de la distribución de competencias administrativas entre el Bund y los Lander conforman un asunto más o menos libre de conflictos, y que por lo tanto discurre de forma armoniosa, en el sentido de un federalismo cooperativo, es decir de conformidad, tengo que decir que en esta relación armoniosa no deja de haber excepciones. El mejor ejemplo de que el sistema de administración de la Ley Fundamental a veces también presenta un potencial conflictivo, lo ofrecieron recientemente dos procedimientos de conflicto de competencia entre el Bund y los Län-

⁴⁷ Para más detalles sobre estas formas de cooperación "política" véase *K. Stern*, obra citada, pág. 786 y ss; 838 y ss.

⁴⁸ Véase *K. Hesse*, obra citada, pág. 91.

der ante el Tribunal Constitucional Federal, que causaron sensación –también en el campo político– y que se referían al control estatal de la utilización de la energía nuclear y que debatían el poder directivo de la Federación en asuntos de administración por delegación del Bund.

1. *Punto de partida: Instrucciones en asuntos de la administración por delegación del Bund.*

a) En el primer proceso⁴⁹ se trataba de la construcción planificada de una central de energía nuclear del tipo Acaloramiento rápido (“Schneller Brüter”) en el término municipal de Kalkar (Norterrhenania-Westfalia), central que a lo largo de los más de 20 años de planificación ya había sido en varias ocasiones objeto de controversias jurídico-constitucionales⁵⁰. Después de que el Ministro del Land competente para la ejecución de las correspondientes normas federales ya hubiese dado varios permisos parciales para diversos partes de la planta, le entraron dudas, con el accidente del reactor de *Tschernobyl*, sobre el nivel de seguridad de la central nuclear en cuestión que ya estaba en construcción. Consideró que se necesitaba un nuevo dictamen de los especialistas, para hacer depender del mismo su posterior decisión en el procedimiento de autorización. Por su parte, el Ministro Federal de Medio Ambiente competente para cuestiones de derecho nuclear, quien, conforme a otros peritajes nacionales e internacionales, no compartía tales dudas sobre la seguridad, después de infructuosas y largos negociaciones entre los afectados, emitió finalmente una instrucción por la que obligaba al Land –con expresa indicación del opinión divergente del Ministro– por prescindir del nuevo dictamen y obligar a que el procedimiento siguiese su curso normal.

b) Un segundo caso⁵¹ estaba en relación con la negativa del Land Bajo Sajonia frente a una instrucción del Ministerio Federal del Medio Ambiente de llevar a cabo un procedimiento de planificación de derecho nuclear para convertir una antigua mina de mineral de hierro en un cementerio de residuos ligeramente radioac-

⁴⁹ Véase BVerfGE 81, 310 y ss – Sentencia del 20 de mayo de 1990.

⁵⁰ Véase BVerfGE 49, 89 y ss – En esta sentencia desarrolló el Tribunal Constitucional Federal su posición hacia la llamada “reserva parlamentaria” en lo que se refiere a decisiones fundamentales con amplio efectos sobre la población y en conexión con la resolución de problemas del derecho de seguridad técnica (aquí: del derecho nuclear).

⁵¹ Véase BVerfGE 84, 25 y ss – Sentencia del 10 de abril de 1991.

tivos. El Land se negó a cumplir esta instrucción basándose, entre otras cosas, en que antes había tenido que ser comprobada la compatibilidad del proyecto con otras disposiciones, sobre todo con las del derecho ambiental. A diferencia del primer caso, aquí fue el Gobierno Federal quien, para imponer su criterio, tomó el camino del Tribunal Constitucional federal.

2. *Las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal del 20 de mayo de 1990 y del 10 de abril de 1991.*

Ambos procesos ante el Tribunal Constitucional Federal hay que verlos con un multicolor fondo de posiciones políticas del Gobierno Federal y de los Länder, algunos entre ellos abogando por un abandono de la energía nuclear. El Tribunal Constitucional alemán aprovechó la ocasión en las dos sentencias de 20 de mayo de 1990 y de 10 de abril de 1991, para examinar detenidamente los presupuestos del poder directivo del Bund el ámbito de la administración por delegación.

El Tribunal no desaprovechó la oportunidad de indicarle claramente a los Länder los límites que tenían impuestos por la Ley Fundamental, sin emplear para ello un tono unitarista. A continuación citaré las principales ideas que llevaron al más alto Tribunal alemán a darle la razón en ambos casos a la capacidad directiva del Bund:

“1. En el ámbito de la administración por delegación según el artículo 85 de la Ley Fundamental, las competencias están distribuidas de tal forma que al Land le corresponde irrevocablemente la *“competencia de desempeño”* (*“Wahrnehmungszuständigkeit”*), mientras que la *competencia objeto o material* (*“Sachkompetenz”*), le corresponde sólo con la reserva de su utilización por parte del Bund.

2. a) El Land sólo se puede ver dañado en sus derechos por una instrucción del Bund, según el artículo 85, párrafo 3 de la Ley Fundamental, cuando precisamente la utilización de la capacidad directiva infrinja la Constitución.

b) El Land no posee ningún derecho para reclamar frente al Bund, en el sentido de que éste ejerce su capacidad directiva derivada en consonancia con la Constitución de manera legal en cuanto a su contenido, incluso que omite una infracción constitucional, sobre todo una violación de derechos fundamentales. Un límite existe en el caso extremo, cuando una autoridad federal superior competente, despreciando sus deberes de tutela, manda hacer u omitir algo que, con vista a la amenaza general o violación de importantes bienes, que puede llegar a producir, sería absolutamente irresponsable.

3. La instrucción está sujeta al principio de claridad: La autoridad afectada tiene que poder comprobar su sentido objetivo, sirviéndose de las posibilidades de comprensión que tiene a su disposición.

4. Cuando el Bund ejerce su facultad directiva, tiene el deber de tener en cuenta el principio de *comportamiento amable en la Federación* ("Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens"). El Bund tiene en principio –salvo en caso de urgente necesidad– que dar la oportunidad al Land de expresar su opinión, antes de decretar una instrucción, debe reflexionar sobre el punto de vista del Land y darle a entender que el decreto de una instrucción es tenido en cuenta"⁵².

El derecho directivo del Bund en el marco de la administración por delegación, desde luego, no es totalmente ilimitado. Sus límites extremos vienen dadas por el Tribunal Constitucional Federal, recurriendo sobre todo al principio de "comportamiento favorable en la Federación"; principio que más fácilmente puede compararse con el de "solidaridad" de la Constitución española.

Por otra parte, como recalca el Tribunal con insistencia, el Bund no tiene obligación ninguna de tener en cuenta el interés del Land para dictar por si mismo una decisión en el correspondiente asunto⁵³.

Finalmente, según el artículo 85, párrafo 3 de la Ley Fundamental, el Bund puede dictar instrucciones también en aquellos procedimientos administrativos en los que él mismo aparece como solicitante⁵⁴.

⁵² Véase BVerfGE 81, 310 – Tesis 1 al 4.

⁵³ Ibid., pág. 338.

⁵⁴ Véase BVerfGE 84, 25 (32).

III. Resumen y perspectivas.

Estimadas señoras y señores: El esquema de organización de "federalismo de ejecución" del ordenamiento administrativo de la República Federal Alemana puede ser considerado con fundadas razones como uno de aquellos ámbitos del derecho constitucional alemán que cuenta, si se exceptúan algunos puntos aislados, con una mayor y duradera aceptación. Mi exposición de sus líneas directrices principales ha mostrado, así lo espero, que: el peso, en relación con la responsabilidad a la hora de ejecutar las funciones administrativas estatales, está distribuido de tal forma que se respeta la "auto-estatalidad", o bien, la soberanía de los Lander con la mayor amplitud. Al contrario de las centralizadas estructuras administrativas de la administración periférica a las que España está acostumbrada, esto se ve especialmente reflejado en el hecho de que la administración propia de la Federación esté limitada por la Ley Fundamental a determinados ámbitos funcionales, y además en gran parte a autoridades actuando de manera central, por lo que se puede dar una infraestructura administrativa del Bund a nivel regional y local sólo en casos excepcionalmente previstos por la Constitución. Con el importante voto en favor de la competencia ejecutiva de los Länder se estableció a la vez la base para una actividad ejecutiva próxima a los ciudadanos. Esto hace posible que se lleven a cabo normas del legislador federal teniendo en cuenta aspectos específicos regionales y locales, con lo que no sólo se fomenta la –en muchos aspectos estimulante– competencia entre los Länder, sino que precisamente se provoca.

Este sistema, desde el establecimiento de la Ley Fundamental, demostró su poder funcional, incluso reaccionando ante nuevas situaciones. Actualmente está sometido a una gran prueba de confirmación, con los nuevos Länder orientales que están desarrollando un perfil y una conciencia de Land propios.

Para el extraño caso de que exista un conflicto, la Ley Fundamental tiene preparados, como se demostró en los recientes sentencias relativo al control de la utilización de la energía nuclear, una serie de instrumentos de gran eficacia, que sirven para asegurar los intereses naciona-

les y el bienestar de la comunidad. Las fronteras de este tipo de medios de control, que se limitan de forma significativa a la reclamación, a la observación y a la instrucción, pero que no prevén formas de sustitución por parte del Bund, están muy estrechamente limitadas, correspondiendo a la gravedad de la intervención. En general se puede decir, que el modelo alemán de distribución de competencias ejecutivas, que no es de ninguna manera inmóvil sino más bien extremadamente flexible, ha demostrado a lo largo de 40 años su eficacia.

Al debate español sobre la idea de Administración Unica se le podría ofrecer un rico material argumentativo con las estructuras del derecho constitucional alemán y su tratamiento por la jurisprudencia y la doctrina. Una realización de estructuras internas del denominado federalismo de ejecución en la península Ibérica incluso ofrecería la oportunidad de mostrar frente a los ordenamientos administrativos centralizados de Europa otro convincente programa de contraste y establecer así una señal clara para el ulterior proceso de unificación europea.

Muchas gracias por su interés. 