

## CAPÍTULO SEGUNDO

# CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### § I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN<sup>1\*</sup>

El principio de legalidad de la administración impone la vinculación de ésta a las regulaciones previstas por el legislativo y, de igual modo, la somete al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la cual corresponde examinar, dentro del marco de su competencia, la observancia de las leyes por parte de la administración. Este principio integra dos componentes: de un lado, el principio de primacía de la ley y, de otro, el principio de reserva de ley.

#### ***1. El principio de primacía de la ley***

Este principio expresa la sujeción de la administración a las leyes existentes y significa —en sentido positivo— que aquélla debe actuar conforme a las mismas, y —en sentido negativo— no debe adoptar ninguna medida que las contradiga.

El principio de primacía de la ley rige ilimitada y categóricamente para la totalidad de la actuación administrativa. Ello resulta ya de la propia fuerza obligatoria de las leyes vigentes y viene confirmado por el artículo 20 III *GG*.<sup>2</sup>

<sup>1\*</sup> El § 6 ha sido traducido por Marc Tarrés Vives, profesor lector de derecho administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya.

<sup>2</sup> El artículo 20 III *GG* está pensando particularmente en las leyes en sentido formal; sin embargo, resulta también de aplicación para la normación delegada, los reglamentos y ordenanzas, en el marco de la delegación legislativa. El artículo 20 III *GG* no comprende el

## 2. El principio de reserva de ley

### A. Definición

Según el principio de reserva de ley, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, pues, algo más que el de primacía de la ley. Mientras que este último prohíbe simplemente la violación de las leyes existentes, aquél impone más allá de eso la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. La ausencia de una ley excluye la actuación administrativa, no en virtud del principio de primacía, sino en razón del principio de reserva.<sup>3</sup>

### B. Fundamento

El principio de reserva de ley ha sido reiteradamente deducido del artículo 20 III GG (en este sentido, por ejemplo, *BVerfGE* 40, 237, 248; 49, 89, 126; 77, 170, 230). En contra de esta afirmación habla, sin embargo, el tenor literal de este precepto, que está redactado más estrictamente y sólo se refiere al principio de primacía de la ley. Antes bien, hay que distinguir

derecho europeo, aunque éste resulta igualmente vinculante por imperativo del propio derecho nacional. El principio de primacía de la ley obliga a la administración a tener un comportamiento legal, pero no dice nada directamente acerca de cuáles son las consecuencias que resultan de la infracción de ese deber. No obstante, debe existir algún tipo de sanción, si no se quiere que dicho principio quede vacío de contenido. El derecho vigente cuenta con un amplio abanico de diferenciadas consecuencias ante este tipo de vicios: los reglamentos y las ordenanzas contrarios a derecho son nulos, con la excepción de que determinados vicios, en particular de procedimiento, son irrelevantes inmediatamente o después del transcurso de un determinado lapso de tiempo (*cfr.* § 4 marg. 41a); los actos administrativos contrarios a derecho suelen ser, por regla general, meramente impugnables y anulables, pero nulos en casos excepcionales (*cfr. infra*, § 10 margs. 20 y ss.); los convenios contrarios a derecho son nulos en los supuestos contemplados por el § 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), y jurídicamente eficaces en los restantes casos (*cfr.* § 14 margs. 36 y ss.).

<sup>3</sup> Ejemplo: El *Regierungspräsident* concede al empresario A, que se encuentra en una difícil situación financiera, una subvención por un importe de 10,000 euros a cargo de los fondos previstos en el presupuesto para este fin y en las condiciones fijadas por las directrices del Ministerio de Economía. No hay ley alguna que regule el otorgamiento de este tipo de subvención. B, competidor de A, estima que la subvención es contraria a derecho por violación del principio de legalidad. ¿Con razón? Teniendo en cuenta que *no* existe ley alguna, no es el principio de primacía de la ley el que debería traerse a colación, sino el de reserva, porque la concesión ha sido concedida *sin* habilitación legal (*cfr. infra*, marg. 14).

entre las reservas de ley para la regulación de los derechos fundamentales y la reserva general de ley que resulta de los principios constitucionales de la democracia parlamentaria y el Estado de derecho. Es sobre esta amplia base que puede explicarse el significado del principio de reserva de ley, así como precisar mejor su alcance.

a) El *principio democrático* exige que sea el Parlamento, revestido de una especial legitimidad democrática derivada de su elección, directa por el pueblo y del carácter público y transparente del procedimiento legislativo, quien adopte las decisiones fundamentales de la comunidad y, en particular, aquellas regulaciones generales importantes para los ciudadanos. Eso se logra mediante la reserva de ley, por la cual se *reservan* al legislador ciertas materias, de tal modo que la administración sólo podrá actuar en ellas en virtud de una habilitación legal —no en virtud de su propio derecho ni en virtud de sus propios plenos poderes—. La reserva de ley, en cuanto que reserva de Parlamento, adquiere, por lo tanto, también significado en el plano del reparto de competencias.

b) El *principio de Estado de derecho* exige que las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano sean reguladas por leyes generales, que sean unívocas, estables y previsibles, y que no sólo determinen la acción administrativa, sino que también confieran derechos subjetivos susceptibles de ser exigidos, en caso de litigio, ante los tribunales.

c) Las *reservas de ley en materia de derechos fundamentales* exigen no sólo un fundamento legal para intervenir en esos derechos, sino que también sujetan las correspondientes intervenciones a diversos requisitos y limitaciones, formales y materiales, garantizando globalmente tales derechos. Estas reservas son, asimismo, expresión del principio democrático y del de Estado de derecho. El principio general de reserva de ley se ve, ciertamente, desplazado por las especiales reservas de ley de los derechos fundamentales, pero permanece como principio conductor y como regulación complementaria.

d) *Reserva de ley, reserva de Parlamento y reserva de disposición jurídica*, son conceptos que deben ser distinguidos. La *reserva de ley* concierne a las decisiones del Parlamento, que se aprueban a través de un procedimiento legislativo especial en forma de ley. El principio apunta no sólo a la competencia del Parlamento, sino también a una especial garantía del procedimiento legislativo en sede parlamentaria, a la participación de otros órganos constitucionales y a la especial forma y al aseguramiento de las leyes. La *reserva de Parlamento*, por el contrario, exige sólo una decisión del Parlamento, que puede, pero no debe, tomar la forma de una ley, ya que también puede tratarse de una simple resolución parlamentaria. La *reserva de disposición jurídica* exige igualmente que la actividad ejercida por la administración cuente con el fundamento

de una regulación jurídica, pero ésta puede adoptar no sólo la forma de una ley, sino también la de otros actos jurídicos, como la del reglamento o la de la ordenanza. Según la concepción tradicional, los reglamentos satisfacen las exigencias de la “reserva de ley” cuando y en la medida en que cuentan, a su vez, con la cobertura de una ley formal, y su contenido haya sido determinada por ésta (*cfr.*, art. 80 I GG). En tiempos recientes se ha adoptado de nuevo una posición más matizada, y —en función de la importancia de la materia objeto de regulación— o bien se exige exclusivamente una ley formal (reserva de ley) o bien se considera suficiente un reglamento (reserva de disposición jurídica).<sup>4</sup>

### C. Alcance de la reserva de ley y densidad de regulación

Mientras el principio de primacía de la ley rige de forma indiscutida para la totalidad de la actuación administrativa (los órganos administrativos deben cumplir *siempre* las leyes), resulta más problemático y controvertido el ámbito de vigencia de la reserva de ley.

La reserva de ley que se desarrolla en el siglo XIX como instrumento del constitucionalismo se limitaba originariamente a la actividad administrativa de intervención (*cfr.*, *supra*, § 2 marg. 5). Esta figura tenía por función asegurar la esfera individual y social frente al Ejecutivo monárquico, así como someter las necesarias intervenciones en esa esfera a la aprobación de la representación popular bajo forma de ley. La reserva ya cumplía, pues, una función democrático-parlamentaria y de realización del Estado de derecho (aprobación del Parlamento, forma de ley), si bien se limitaba —conforme a las exigencias constitucionales y a las ideas de su tiempo— a las intervenciones en

<sup>4</sup> Sobre la relación entre *ordenanza* y reserva de ley, *cfr.* lo que ya se ha dicho *supra*, § 4, marg. 17. La *costumbre* no constituye una base legal suficiente desde el punto de vista de la reserva de ley. Aunque otra cosa rige, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 34, 293, 303; 54, 224, 234, en relación con el artículo 12 I GG) Nt1Nt para la costumbre *preconstitucional*, pues, según el artículo 123 I GG, Nt2 el derecho anterior sigue aplicándose con independencia de su rango y fuente de producción, en la medida que su contenido no sea incompatible con el de la ley fundamental. Debe añadirse, no obstante, que el legislador está obligado a confirmar o reemplazar mediante regulaciones legales en sentido formal la costumbre aún existente en el ámbito reservado a la ley.

Nt1 “Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado *por ley* o en *virtud de una ley*”.

Nt2 “El derecho vigente con anterioridad a la constitución del Parlamento Federal mantendrá su vigencia mientras no contradiga la presente Ley Fundamental”.

la libertad y la propiedad. La burguesía liberal exigía simplemente el respeto de su ámbito propio; la actividad administrativa prestacional, todavía en estado embrionario por aquel entonces, no interesaba; el ámbito interno de la administración, en el que incluían las llamadas relaciones de sujeción especial (escuelas, centros penitenciarios, otros establecimientos, relaciones funcionariales), se dejaba a la regulación establecida por la propia administración.

La limitación de la reserva de ley a la actividad administrativa de intervención es hoy una idea superada. La evolución hacia la democracia parlamentaria, la importancia creciente de la actividad administrativa prestacional y la penetración del derecho constitucional en todos los sectores de la actividad estatal a través de la ley fundamental exigen su extensión a otros ámbitos. Esto es justamente coherente cuando se considera las funciones originaria y actual de la reserva de ley —a saber, sus funciones de garante de la democracia y del Estado de derecho—, pues las mismas engloban hoy el conjunto de la esfera de la actividad estatal, lo que implica un aumento de su extensión. De ello no resulta una “reserva total” que comprende la totalidad de la actuación administrativa, pero sí que las decisiones fundamentales e importantes para los ciudadanos y la comunidad deban ser adoptadas por el legislador y bajo su responsabilidad (*cfr.*, sobre ello, con detalle, *infra*, margs. 12 y ss.).<sup>5</sup>

La cuestión es ahora precisar qué materias y asuntos quedan comprendidos por la reserva de ley, así como determinar —dentro del ámbito cubierto por esta reserva— qué es lo que el legislador debe regular él mismo o puede remitir al titular de la potestad reglamentaria, y cuán densas y precisas deben ser las regulaciones legales. La respuesta viene dada por la arriba citada fórmula del *BVerfG* y la por él desarrollada (e incluso denominada) “teoría del contenido esencial”. El legislador tiene que adoptar él mismo todas las decisiones esenciales (!) en el ámbito normativo. Esencial es, según ha subrayado siempre el tribunal, “lo que es esencial para la realización de los derechos fundamentales”. La referencia a los derechos fundamentales característica de

<sup>5</sup> En una sentencia del 6 de mayo de 1958, el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) ya manifestó sus dudas sobre la tradicional limitación de la reserva de ley al ámbito de la actividad administrativa de intervención, considerando su extensión hacia otros ámbitos (*BVerfGE* 8, 155, 167). Esta extensión se produjo pronto y se desarrolló rápidamente. De acuerdo con la ya constante jurisprudencia del *BVerfG*, el legislador —más allá de la actividad de intervención— debe adoptar él mismo todas las decisiones esenciales en los ámbitos normativos fundamentales, especialmente en lo referente al ejercicio de los derechos fundamentales (así, por ejemplo, *BVerfGE* 40, 237, 249 y ss.; 49, 89, 126 y ss.; 85, 267, 307 y ss.).

la tradicional reserva de ley persiste, pero resulta ampliada en correspondencia con la extensión de las funciones que han experimentado tales derechos.<sup>6</sup>

El criterio de la esencialidad no atiende, como tal vez pudiera presumirse inicialmente, a la esencia (o naturaleza) de las cosas, sino a cuán importante, decisiva, fundamental e intensiva es una regulación respecto de los derechos fundamentales. Aquí juegan un papel no sólo los intereses de los ciudadanos titulares de los derechos fundamentales, sino también los intereses complementarios o contrapuestos de la colectividad. La *esencialidad* se manifiesta así no como un concepto fijo sino más bien como una fórmula flexible. Cuanto más esencial sea un asunto para el ciudadano y/o para la colectividad, mayores serán las exigencias impuestas al legislador. De ello se sigue, en relación con la densidad de regulación, que: cuanto más persistentemente resulten afectados o amenazados los derechos fundamentales del ciudadano, cuanto más graves sean los efectos para la colectividad y cuanto más controvertido resulte un complejo de cuestiones en la opinión pública, más precisa y estricta debe ser la norma legal. Existe, por lo tanto, una gradación que va desde aquellas cuestiones absolutamente esenciales que requieren una regulación exclusiva por el legislador parlamentario, pasando por aquellas otras de menor esencialidad que pueden ser reguladas por el poder reglamentario con observancia de ciertas determinaciones legales, hasta, finalmente, aquellos asuntos no esenciales que caen fuera de la reserva de ley y, por consiguiente, pueden ser regulados por el Ejecutivo. Una gradación de las diferentes exigencias impuestas a la densidad de regulación que no consta de escalones o apartados determinados, sino que discurre

<sup>6</sup> La teoría del contenido esencial ha sido objeto de crecientes críticas e incluso de rechazo en la doctrina. Se le reprocha un exceso de generalidad e indeterminación. Sin embargo, tales objeciones pierden peso cuando se observa atentamente el significado y los límites de la teoría de la esencialidad: 1) La teoría de la esencialidad sólo entra en juego más allá de la tradicional reserva de ley existente en materia de actividad administrativa de intervención, la cual se mantiene inalterada y no queda reducida a las decisiones esenciales. 2) La parte ampliada de la reserva de ley tiene su basamento en la dimensión de los derechos fundamentales y, en correspondencia, no resulta constituida, sino concretizada, por la teoría de la esencialidad. 3) Esta teoría de la esencialidad no entra en juego cuando la exigencia de una regulación legal, para el caso concreto, resulta ya de la propia ley fundamental. 4) La reserva de ley ampliada vale tan sólo para las relaciones entre el ciudadano y el Estado, no para la esfera interna del Estado ni, en especial, tampoco para la delimitación de competencias en dicha esfera, *cfr.* BVerfGE 84, 212, 226. En la jurisprudencia del BVerfG pueden encontrarse, ciertamente, numerosas formulaciones que permiten mantener abierta la posibilidad de una ampliación más allá de la dimensión de los derechos fundamentales (“especialmente”, “sobre todo” para la realización de derechos fundamentales), pero más bien parece que han sido efectuadas con carácter profiláctico; en todo caso, no consta que exista decisión alguna del BVerfG en la que se haya afirmado efectivamente una ampliación semejante.

de manera igualmente continua y gradual. Si bien la tendencia de la teoría de la esencialidad es razonable y comprensible, no cabe desconocer que la misma apenas permite obtener resultados unívocos en el caso concreto. Al *BVerfG* le incumbe, por consiguiente, la (autoimpuesta) tarea de proporcionar, mediante una jurisprudencia casuística, contornos más precisos a la esencialidad.<sup>7</sup>

#### D. Ámbitos particulares

a) *Actividad administrativa de intervención*. Las intervenciones en la libertad y la propiedad deben apoyarse, en todo caso, sobre un fundamento legal. Esto resulta no sólo de la tradicional orientación de la reserva general de ley a la actividad administrativa de intervención, sino también de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, que protegen globalmente la libertad y la propiedad del ciudadano, y que sólo pueden ser limitados mediante ley o en virtud de una ley. Cuando una libertad específica (por ejemplo, artículo 2 II, 4, 5, etcétera *GG*) no resulta afectada, entonces resulta de aplicación el artículo 2 I *GG*, que protege de manera global la libertad general de actuar, que también está situada bajo la reserva de ley (así, a fin de cuentas, *BVerfGE* 6, 32, 37, reite-

<sup>7</sup> Es dudosa y discutida la relación entre la reserva de Parlamento y la habilitación para elaborar reglamentos del artículo 80 I *GG* y, con ella, la relación entre la teoría de la esencialidad y el mandato de determinación o certeza del artículo 80 I 2 *GG*. En la doctrina y en la jurisprudencia se han sostenido distintas posiciones, las cuales pueden reducirse —a pesar de algunas diferencias en aspectos puntuales— a dos alternativas distintas. Según la primera de ellas, debe distinguirse entre ambos y, por lo tanto, debe procederse a un examen en dos pasos: ¿Estamos ante una cuestión esencial? Si es así, entonces no es posible la delegación. Si no es así, entonces sí es posible la delegación, pero la habilitación debe estar suficientemente determinada con arreglo al artículo 80 I 2 *GG*. Según la otra postura, las exigencias de esencialidad y determinación coinciden y se apoyan mutuamente. La cuestión entonces es únicamente la de qué es lo que debe tomarse como punto de partida: la teoría de la esencialidad, que hay que interpretar desde la perspectiva del mandato de determinación, o el mandato de determinación, que debe interpretarse, a su vez, a la luz de la teoría de la esencialidad. La jurisprudencia del *BVerfG* no es uniforme, *cfr.* sobre la segunda postura *BVerfGE* 58, 257, 277 y ss., y sobre la primera *BVerfGE* 91, 148, 162 y ss.; además Bryde, en: Munich/König, *Grundgesetz-Kommentar*, artículo 80 marg. 21; Busch, *Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*, 1992, pp. 114 y ss.; Cremer, *Art. 80 Abs. 1 S. 2 und Parlamentsvorbehalt*, AöR, 122, 1997, pp. 248 y ss.; cada uno de ellos con ulteriores referencias al respecto. Si se interpreta el artículo 80 I 2 *GG* en un sentido puramente formal, hay que recurrir adicionalmente a la reserva de Parlamento y a la teoría de la esencialidad; si se interpreta en sentido material, será preciso examinar también en su seno los requisitos de la teoría de la esencialidad. La segunda alternativa es preferible.



rada posteriormente). La “reserva de ley relativa a los derechos fundamentales” coincide, pues, con el principio general de reserva de ley.<sup>8</sup>

Las potestades de intervención de la administración, en lo que respecta a su contenido, objeto, finalidad y alcance, deben estar suficientemente precisadas y delimitadas por la ley, de modo que las correspondientes limitaciones sean previsibles y calculables. En el ámbito de la actividad administrativa de intervención se imponen, pues, parámetros estrictos de “densidad normativa”, lo cual, sin embargo, no excluye completamente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados ni la atribución de potestades discrecionales.<sup>9</sup>

b) *Actividad administrativa de prestación*. La cuestión de si —y en qué medida— la reserva de ley comprende a la actividad administrativa prestacional es controvertida. La discusión, sin embargo, ha perdido actualmente significado ya que la mayor parte de los ámbitos en que se desarrolla esta actividad se hallan regulados por ley.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Una cuestión controvertida consiste en saber si las injerencias de la administración pueden fundamentarse en el § 32 del Código Penal —*StGB*— (legítima defensa y estado de necesidad). La respuesta debe ser en principio negativa, en primer lugar, porque esta disposición no constituye una habilitación destinada a la administración, sino que tiene por objeto la responsabilidad penal en el marco de las relaciones entre el Estado y el ciudadano y, en segundo lugar, porque, en caso contrario, la limitación y la vinculación impuestas a la administración justamente por la reserva de ley quedarían reducidas a la nada en virtud de una reserva general de carácter subsidiario. A la misma conclusión llegan: Böckenförde, NJW 1978, pp. 1882 y ss.; Amelung, NJW 1977, pp. 833 y ss.; *Ibidem*, JuS, 1986, pp. 329 y ss.; Riegel, NVwZ 1985, pp. 639 y ss.; Schenke, PolR marg. 562 (con referencia a las pertinentes regulaciones en el ámbito del derecho de policía); en sentido contrario: BGHSt 27, p. 260 = NJW 1977, p. 2172; Schwabe, NJW 1977, pp. 1902 y ss.; Schöffstein, *Gedächtnisschrift für Schröder*, 1978, pp. 97, 114 y ss.; *cfr.* además la detallada exposición con todos los argumentos a favor y en contra en Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11a. ed. 2003, pp. 33 y ss. *Cfr.* también al respecto BVerfG DVBl. 2006, p. 433, sobre el derribo de aviones de pasajeros empleados como instrumentos terroristas.

<sup>9</sup> *Cfr.* BVerfGE 8, 274, 325 (Ley de Precios); BVerfGE 49, 89, 133 y ss. (§ 7 Ley de la Energía Atómica); BVerfGE 52, 1, 41 (procedimiento de autorización previa en materia de huertos familiares); BVerfGE 78, 214, 226 (derecho tributario); BVerfGE 84, 34, 49 ss. (derecho de exámenes); BVerwGE 56, 254, 256 y ss. (§ 2 I Ley de Extranjería) en cada caso, con ulteriores referencias.

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, la asistencia social prevista en la BSHG y en el SGB, las becas contempladas en la BaföG, las prestaciones concedidas a modo de compensación por las cargas de guerra reguladas en la LAG, etcétera. El § 31 del SGB I establece de *lege lata* una reserva de ley al disponer que “los derechos y obligaciones relativos a las prestaciones sociales previstas en este Código sólo pueden ser establecidos, confirmados, modificados o suprimidos en la medida en que una ley lo prescriba o lo autorice”. Si tales prestaciones sociales fueran concedidas sin fundamento legal, se produciría una violación del principio de primacía de la ley.



De todas maneras, no sólo sigue abierta la cuestión de principio de si la regulación legal de tales ámbitos viene impuesta constitucionalmente, sino también la cuestión actual de si pueden otorgarse ulteriores prestaciones estatales sin un fundamento legal.

Esto vale sobre todo para el otorgamiento de subvenciones o prestaciones financieras análogas por parte del Estado a los particulares, que hasta el momento presente sólo han sido reguladas por ley de un modo parcial. Según la jurisprudencia y una parte de la doctrina, las subvenciones no necesitan el fundamento de una ley (en sentido material), bastando “cualquier otro tipo de declaración de voluntad parlamentaria, en particular la autorización presupuestaria de los créditos necesarios” (así, *BVerwGE* 6, 282, 287 y ss.; *cfr.*, *BVerwGE* 90, 112, 126, donde, sin embargo, se añade una matización: un fundamento legal resulta excepcionalmente exigible cuando se produce una injerencia en la esfera de los derechos fundamentales de terceros). Por el contrario, el resto de la doctrina exige, en principio, también una habilitación legal para el otorgamiento de subvenciones.<sup>11</sup>

El esclarecimiento de esta cuestión debe partir del fundamento y de las funciones de la reserva de ley. El principio de la democracia parlamentaria parece suficientemente tenido en cuenta por la jurisprudencia del *BVerwG* y por la doctrina concordante, dado que el Parlamento —a través del presupuesto— ha adoptado la decisión fundamental de subvencionar un determinado sector. Ahora bien, el presupuesto sólo puede indicar de un modo general la afectación de los créditos previstos (por ejemplo: se destinan 10 millones de marcos alemanes al fomento de la extracción de carbón). Las cuestiones de a favor de quién, bajo qué circunstancias y en qué cuantía deben ser repartidos los fondos requieren todavía una ulterior regulación. Si no hay ley, esto se regulará por el ministro competente o por otro órgano del Ejecutivo mediante instrucciones administrativas (*cfr. infra*, § 24 marg. 11). Es, por lo tanto, dudoso que la afectación —aún muy general— de los fondos previstos en el presupuesto dé satisfacción realmente al principio parlamentario. Desde el punto de vista del Estado de derecho esto no sería, en cualquier caso, suficiente. El reparto de fondos públicos concedidos con fines sociales, económicos y culturales debe ser determinado por leyes que fijen de manera pormenorizada, vinculante y previsible las condiciones de su otorgamiento, confiriendo así al ciudadano los correspondientes derechos subjetivos. En

<sup>11</sup> Si se sigue la jurisprudencia, entonces la subvención concedida a A, en el ejemplo citado *supra* (marg. 3), sería jurídicamente admisible. Si se sigue la opinión contraria, entonces sería inválida por falta de habilitación legal.

el Estado social de derecho no se trata de garantizar únicamente la libertad *ante* el Estado, sino también la libertad *en* el Estado y *mediante* el Estado. La privación de una prestación pública, en determinadas circunstancias, puede afectar al ciudadano de un modo no menos grave que una injerencia en su libertad y propiedad (en este sentido, *BVerfGE* 40, 237, 249). Una vuelta a la fórmula de la libertad y la propiedad desconocería los problemas actuales y el auténtico significado del principio de reserva de ley.<sup>12</sup>

Las instrucciones administrativas que resultan necesarias en caso de ausencia de disposiciones legales, muestran también que las condiciones para el otorgamiento de una subvención son susceptibles de ser reguladas. No hace falta una regulación que descienda hasta los pormenores, de modo que todavía se le puede dejar a la administración un suficiente margen de maniobra para una aplicación flexible.

La *reserva de ley*, sin embargo, sólo puede ser exigida para los “casos normales”, para aquellas prestaciones motivadas por razones de política económica, social o cultural, así como para aquellas previstas para un gran círculo de personas y/o para un largo periodo de tiempo. En los *casos de necesidad que se presentan de forma súbita* —particularmente, catástrofes naturales, pero también crisis coyunturales—, no se requiere una habilitación legal (previa), ya que en caso contrario la ayuda urgente necesaria no podría prestarse a tiempo. Puede hablarse aquí de una especie de competencia de necesidad de la administración, comparable al derecho de ejecución inmediata (*vid. infra*, § 20, marg. 25).<sup>13</sup>

Al mismo resultado se llega si se parte de la concepción según la cual (determinados) derechos fundamentales no sólo constituyen derechos de carácter defensivo, sino que también contienen un *componente prestacional*

<sup>12</sup> Ejemplo: La denegación de una subvención puede poner en peligro la existencia de una empresa; la denegación de una beca puede tener como consecuencia que la interrupción de los estudios. Por el contrario, ciertas injerencias en la libertad y propiedad (el empresario es obligado a adoptar ciertas medidas de seguridad en sus instalaciones; el estudiante debe observar ciertas prescripciones generales) pueden tener en comparación una escasa importancia.

<sup>13</sup> En la doctrina se objeta ocasionalmente que la exigencia de la reserva de ley para la actividad administrativa de prestación, lejos de mejorar, empeora la situación del ciudadano, pues a falta de una regulación legal no obtiene nada en absoluto, y los fines que con ella se persiguen relativos a la realización del Estado de derecho tampoco se alcanzan. Esta objeción, sin embargo, soslaya un problema; pues se trata de la *competencia*, es decir, del derecho y deber que tiene el legislador de establecer las correspondientes regulaciones legales. Si el legislador incumpliera esta obligación, cabría entonces admitir, en casos de necesidad, la existencia de una competencia subsidiaria de la administración. No deberían eludirse cuestiones jurídicas fundamentales con la invocación de una práctica defectuosa.

que obliga al Estado y confieren derechos prestacionales (en este sentido, sobre todo, Häberle, VVDStRL 30, pp. 43 y ss.). Es, por lo tanto, lógico que la reserva de ley existente en materia de derechos fundamentales comprenda también este aspecto prestacional y exija una regulación legal en garantía de las correspondientes prestaciones; esto vale tanto más cuanto que, en consideración a los limitados recursos disponibles, también hay que establecer los límites, el procedimiento de selección y los requisitos para la denegación de la prestación solicitada.<sup>14</sup>

c) *Relaciones jurídicas especiales (relaciones de sujeción especial)*. La “relación de sujeción especial”, categoría desarrollada por la teoría constitucional política y jurídico-administrativa de finales del siglo XIX, concierne a las relaciones estrechas trabadas entre Estado y ciudadanos, en especial la relación escolar, la relación en la que se encuentran los reclusos en centros penitenciarios y, en general, los usuarios de otros establecimientos públicos, la relación funcional y la relación trabada con ocasión de la realización del servicio militar. De acuerdo con la concepción de los fundadores de esta teoría, el ciudadano que se encuentra situado en una relación especial de sujeción se haya incorporado al mismo tiempo en la esfera de la administración, con la consecuencia de que los derechos fundamentales y la reserva de ley —que sólo determinan la relación general Estado-ciudadano— no tienen vigencia aquí; se le deja a la administración regular aquellas relaciones (establecimientos y servicios públicos). Esta teoría no sólo se mantuvo en la época de Weimar, sino que aún persistió durante mucho tiempo después la promulgación de la ley fundamental, a pesar de que las críticas que se le dirigían aumentaban continuamente (cfr. § 8 margs. 26 y ss.). La ruptura decisiva se produjo con la sentencia del BVerfG de 14 de marzo de 1972 (BVerfGE 33, 1), relativa al régimen penitenciario, que tuvo también sus efectos sobre el ámbito escolar, conduciendo a fundamentales cambios de orientación.

<sup>14</sup> Cfr. sobre ello BVerfGE 33, 303, 337; 43, 291, 313 y ss. (regulación legal del *numerus clausus* en el ámbito de la enseñanza superior a la vista de lo previsto en el artículo 12 I GG); OVG Berlín DVBl. 1975, 905 (regulación legal sobre subvenciones a la prensa a la vista del artículo 5 I 2 GG); OVG Münster NVwZ 1991, 174 y BVerwGE 90, 112 (regulación legal para subvenciones a una asociación dedicada a la llamada prevención de las sectas juveniles, a la vista del artículo 4 I, II GG, cfr. también *supra*, marg. 14). Cfr. adicionalmente, sobre subvenciones a la prensa —en términos aún muy contenidos— BVerfGE 80, 124, 131 y ss. Aquí sólo puede apuntarse este novedoso aspecto de la dogmática de los derechos fundamentales; una posición crítica sobre los derechos prestacionales de carácter fundamental sostiene, por ejemplo, Hesse, VerfR marg. 289.

aa) *Relaciones de los reclusos en centros penitenciarios*. En la citada sentencia *BVerfGE* 33, 1 se trataba del caso siguiente:

El *BVerfG* declaró, de modo lapidario, que los derechos fundamentales también rigen en materia penitenciaria y que sólo pueden ser limitados mediante o en virtud de una ley formal, rechazando de esta manera la “relación de sujeción especial” como fundamento justificativo.<sup>15</sup>

bb) *Centros escolares*. La sentencia relativa al régimen penitenciario, que tuvo una importancia fundamental para todas las “relaciones de sujeción especial”, debía tener repercusiones también sobre el ámbito escolar, que hasta ese momento había sido regulado, en lo esencial, a través de circulares ministeriales. En un período muy breve se impuso la idea según la cual el principio de Estado de derecho y el principio democrático consagrados por la ley fundamental obligaban al legislador a adoptar por sí mismo las decisiones *esenciales* en el ámbito de la enseñanza, y a no dejarlas a cargo de la administración escolar.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> En la citada sentencia (pp. 12 y ss.), el *BVerfG* declaró que, durante un periodo transitorio, las injerencias sobre los derechos fundamentales materialmente lícitas, pero carentes de base legal, debían ser toleradas en interés de la funcionalidad del régimen penitenciario. El periodo transitorio se limitó hasta el final de la legislatura en curso (otoño de 1973). Toda vez que la sexta legislatura del *Bundestag* finalizó prematuramente en 1972, la requerida ley penitenciaria no pudo ser aprobada en ese periodo legislativo. El *BVerfG* declaró al respecto, en su resolución del 29 de octubre de 1975, relativa a un caso análogo (la solicitud de un preso dirigida a que se le autorizara la suscripción de una determinada revista había sido denegada en virtud de una instrucción administrativa, esto es, sin fundamento legal), que ley de cobertura debía entrar en vigor como muy tarde antes del 1.º de enero de 1977 (*BVerfGE* 40, 276, 283 y ss.). A lo cual se dio cumplimiento con la Ley de Régimen Penitenciario del 16 de marzo de 1976 (BGBl. I, p. 581).

<sup>16</sup> Así, fundamentalmente, *BVerfGE* 34, 165, 192 y ss. (clase de orientación obligatoria en Hesse), *cfr.* marg. 20 con ulteriores referencias.

Destacable es el desarrollo de la reforma de la enseñanza secundaria: la reforma de la enseñanza secundaria en los institutos decidida por la Conferencia de Ministros de Educación debía ser implementada en Hesse a través de una disposición del ministro de Educación del 1.º de agosto de 1976. Como consecuencia de la demanda formulada por algunos escolares y padres, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Hesse declaró contraria a derecho la reforma (NJW 1976, p. 1856), ya que las características esenciales de la nueva organización educativa (a saber, la liquidación del sistema de asociación de clases y la introducción del sistema de cursos; la elección de las asignaturas por los alumnos después de los cursos fundamentales y los cursos de potenciación; la integración en la nota final del diploma de bachillerato de los puntos obtenidos en los cursos fundamentales y de potenciación) debían ser establecidas por el legislador. A tal fin, el Parlamento del *Land* adoptó una ley (provisional) sobre reorganización de la enseñanza secundaria en los institutos, del 26 de octubre de 1976

El problema de qué es, en el ámbito de la enseñanza, lo que precisa de regulación normativa, qué debe ser regulado por el propio legislador o puede dejarse al titular de la potestad reglamentaria, y cuán precisas deben ser las regulaciones legales se resuelve con arreglo a la “teoría de la esencialidad” (*cfr. supra*, marg. 11). “Esencial” significa en este contexto, ante todo, “esencial para la realización de los derechos fundamentales” (*cfr. supra*, margs. 10 y ss.). El legislador, por consiguiente, debe regular el campo de la enseñanza en la medida en que resulten afectados los derechos fundamentales de los alumnos (art. 2 I GG y, eventualmente, también art. 12 I GG) y de sus padres (art. 6 II GG). La distinción entre actividad administrativa de intervención y actividad administrativa de prestación no conduce aquí a nada, puesto que en este ámbito ambas se confunden; al margen de que esta distinción ya no juega un papel decisivo en lo que atañe a la delimitación de las materias reservadas a la ley. Entre las “cuestiones esenciales” del ámbito escolar, necesitadas de una regulación legal, se encuentran los contenidos formativos y los objetivos de la enseñanza, el catálogo de las asignaturas, la estructura básica de la organización escolar (tipos de escuela, ciclos de formación, participación de padres y alumnos, etcétera), la situación jurídica de los alumnos (admisión, expulsión, exámenes, promoción de curso, etcétera.), así como las medidas disciplinarias.<sup>17</sup>

(GVBl. I p. 433), que recogió en lo esencial la regulación contenida en la citada disposición ministerial. Cabe preguntarse que sentido tiene una ley tal que se limita a reproducir las ideas de la burocracia ministerial encargada de la educación. Era de esperar, no obstante, que la mayoría del Parlamento del *Land* “confirmara” la circular del ministro de Cultura por razones de solidaridad de partido. Ahora bien, la necesidad de una regulación mediante leyes en sentido formal, desde la perspectiva de los aspectos democrático-parlamentarios, no debe ser subestimada: aquella posibilita, por de pronto, la discusión en el Parlamento y, ante todo, en la opinión pública, que como muy tarde toma conocimiento del proyecto una vez presentado en sede parlamentaria; adicionalmente, el Parlamento y los parlamentarios quedan convertidos en responsables de la ley y de las reformas contenidas en ella (circunstancia que se manifiesta igualmente por el hecho de que los diputados están obligados a dar cuenta de sus posiciones en sus circunscripciones). La práctica que se desarrolló a inicios de los años setenta, por la cual varios “conceptos de reforma” eran elaborados por colaboradores ministeriales, muy poco legitimados democráticamente pero con una fuerte impronta ideológica, y luego introducidos por disposiciones del ministro de Educación en contra de la encarnizada resistencia de la gran mayoría de los sectores de la población afectados, ha sido superada con ello. La regulación *legal* de la reforma de la enseñanza secundaria fue constitucionalmente confirmada por el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 45, 400; 53, 185); pero rechazada por el Tribunal del Estado de Hesse —*Hess.StGH*— (ESVGH 32, 1 = DÖV 1982, 244. con comentario de Menzel).

<sup>17</sup> La jurisprudencia ha calificado como “esenciales”: la expulsión de la escuela como medida de orden (*BVerfGE* 41, 251, 259 y ss.), la reforma de la enseñanza secundaria en los institutos (*BVerfGE*, 45, 400, 417 y ss.), el establecimiento de la educación sexual (*BVerf-*

La “esencialidad” de un asunto escolar es, además, decisiva para determinar la densidad que deba tener la regulación (cuanto mayor importancia tenga el asunto con carácter global y para cada alumno, tanto más precisas deben ser las regulaciones legales), y, finalmente, sirve de criterio para interpretar el artículo 80 I de la ley fundamental, por el que se regula la habilitación para dictar reglamentos.<sup>18</sup>

*GE* 47, 46, 80 y ss.; *BVerwGE* 47, 194, 198 y ss.), la separación de la escuela por falta de rendimiento (*BVerfGE* 58, 257, 268 y ss.), la no autorización para pasar a un curso superior (*BVerwGE* 56, 155, 157 y ss.), el establecimiento obligatorio de idiomas extranjeros (*BVerwGE* 64, 308, 312 y ss.), la propaganda política en la escuela (*BayVerfGH* DÖV 1982, p. 691). No son medidas esenciales, en cambio, la introducción de la reforma ortográfica (*BVerfGE* 98, 218, 250 y ss.; en sentido crítico *Roth*, BayVBl. 1999, pp. 257 y ss.), la introducción de la semana de cinco días (*BVerwGE* 47, 201, 205 y ss.), las modalidades del procedimiento de examen, las cuales no tienen influencia directa sobre la decisión misma del examen (*BVerwG* DVBl 1981, p. 1149), o la determinación de la nota requerida para pasar de curso (*BVerwG* DVBl 1998, p. 969).

<sup>18</sup> Cfr. sobre el grado de densidad normativa, *BVerwGE* 57, 360 (educación sexual); *Niehues*, DVBl, 1980, 465 y ss., con ulteriores referencias; sobre la delimitación de lo que el Parlamento debe regular por sí mismo y lo que puede remitir al titular de la potestad reglamentaria, cfr. *BVerfGE* 58, 257, 276 y ss. La reforma ortográfica en el ámbito escolar, en el caso concreto enjuiciado por el *BVerfG*, se apoyaba sobre las disposiciones de una Ley escolar que regulaban los objetivos generales de la formación y la educación en la escuela, así como las funciones de la escuela elemental (§§ 4, 11 Ley escolar de Schleswig-Holstein). Se trataba exactamente de una cuestión de densidad de regulación. La cuestión era, en particular, si estas regulaciones legales generales bastaban o era necesaria una regulación legal concreta que se ocupara precisamente de la reforma ortográfica. El Tribunal Constitucional se decantó por la primera alternativa (*BVerfGE* 98, 218, 250 y ss.), ignorando, sin embargo, las grandes implicaciones que la reforma ortográfica tenía más allá del ámbito escolar. Por el contrario, en el caso sobre el pañuelo en la cabeza (uso por parte de una maestra musulmana de un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos), el Tribunal Constitucional consideró necesaria una habilitación legal específica (*BVerfGE* 108, pp. 282, 302 y ss.).

También en el ámbito escolar, la regulación hasta la fecha vigente contenida en instrucciones administrativas debe ser tolerada para un cierto periodo transitorio, hasta que se establezca la regulación legal, en la medida en que esto resulta indispensable para el funcionamiento de los centros escolares, cfr. *BVerfGE* 58, 257, 280 y ss. y *BVerwGE* 64, 308, 317 y ss., ambas con ulteriores referencias. La jurisprudencia procede aquí de un modo bastante generoso, lo que podría deberse principalmente a que la cuestión de si el principio de esencialidad ha sido o no respetado en el caso concreto, sólo difícilmente puede responderse. La jurisprudencia, por lo demás, ha otorgado periodos transitorios análogos también en otros casos, cfr. *BVerfGE* 33, 303, 347 y ss. (admisión en la Universidad); *BVerfGE* 76, 171, 189 (directrices corporativas para los abogados); *BVerwGE* 41, 261, 266 (deber de prestar servicios médicos en casos de necesidad); *BVerwGE* 48, 305, 312 y ss. (titulación de los ingenieros); *BVerwGE* 51, 235, 242 y ss. (autorización para el transporte terrestre de mercancías). Una crítica sobre este tema en Pieroth, *VerwArch.* vol. 68, 1977, pp. 217 y ss.



cc) La *relación funcional* está regulada en las leyes de funcionarios de la Federación y de los *Länder*. Estas regulaciones se corresponden con el principio de reserva de ley. Existe una excepción, sin embargo, en el caso de las prestaciones asistenciales que la administración proporciona a sus funcionarios y familiares en casos de enfermedad o de necesidad de cuidado. Las mismas están cubiertas, ciertamente, por el artículo 33 V GG (consideración de los principios tradicionales del régimen funcional) y por el principio general de asistencia del § 79 de la ley federal de la función pública (BBG), cuya configuración, no obstante, se ha efectuado hasta hoy mediante instrucciones administrativas. Lo cual no basta para satisfacer las exigencias del principio de reserva de ley, según una reciente decisión del BVerwG. El legislador está obligado a establecer las correspondientes determinaciones, si bien las instrucciones administrativas (disposiciones asistenciales) hasta la fecha vigentes todavía pueden ser aplicadas durante un periodo transitorio.<sup>19</sup>

d) *Organización administrativa y procedimiento administrativo*. La reserva de ley no rige sólo para las relaciones jurídico-materiales entre el Estado y el ciudadano, sino que se extiende también a la organización y al procedimiento administrativos. La Constitución y las estructuras de la administración, la creación de entes administrativos, las competencias de los órganos administrativos y la configuración de los aspectos fundamentales del procedimiento administrativo deben ser establecidos mediante ley. Ello resulta ya de su propia relevancia material, pero también se ve confirmado y fortalecido por el reconocimiento de que los derechos fundamentales contienen no sólo garantías materiales, sino que también exigen una correspondiente configuración de la organización y del procedimiento (“protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento”). La teoría de la esencialidad constituye también aquí una línea directriz tanto para la necesidad de regulación legal como para la densidad de la misma.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Cfr. BVerwGE 121, 103, 108 y ss. (sentencia del 23 de junio de 2004) = JZ 2005, 246 con comentario de Battis; además, Saurer, *Verwaltungsvorschriften und Gesetzesvorbehalt*, DÖV 2005, pp. 587 y ss. De esta manera, la jurisprudencia producida hasta la fecha en relación con la asistencia a funcionarios, soldados y jueces ha quedado obsoleta (cfr. últimamente BVerwGE 119, 265, 267).

<sup>20</sup> Cfr. sobre ello BVerfGE 40, 237, 247 y ss. (competencia de los órganos administrativos y procedimiento administrativo); BVerfGE 83, 130, 152 y ss. (procedimiento administrativo, elección de los miembros de una comisión evaluadora de composición plural); BVerwGE 120, 87, 97 y ss. (restrictivo); OVG Münster DÖV 1980, p. 528 (delegación de funciones públicas a sujetos de derecho privado mediante *Beleihung*); NRWVerfGH DVBl. 1999, p. 714 (fusión de



los ministerios de Interior y Justicia); para más detalles, en relación con la potestad de organización, *infra*, § 21 margs. 51 y ss. y Maurer, *Staatsrecht*, § 8 marg. 22.

Bibliografía sobre el § 6: Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961; Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, 2a. ed., 1991, pp. 113 y ss.; Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, pp. 208 y ss.; Selmer, *Der Vorbehalt des Gesetzes*, JuS, 1968, pp. 489 y ss.; Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970, pp. 273 y ss.; Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, 1975; Kisker, *Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes*, NJW, 1977, pp. 1313 y ss.; Pietzcker, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, JuS, 1979, pp. 710 y ss.; Niehues, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulwesen*, DVBl, 1980, pp. 465 y ss.; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2a. ed. 1981, esp. pp. 375 y ss.; Bauer, *Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht*, DÖV, 1983, pp. 53 y ss.; Bethge, *Parlamentarvorbehalt und Rechtsatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung*, NVwZ 1983, pp. 577 y ss.; Jarass, *Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen*, NVwZ 1984, pp. 473 y ss.; Eberle, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, DÖV, 1984, pp. 485 y ss.; Klopfer, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, JZ, 1984, pp. 685 y ss.; Erichsen, *Schule und Parlamentsvorbehalt*, *Festschrift für die Juristische Gesellschaft zu Berlin*, 1984, pp. 113 y ss.; Wahl, *Gesetzgeber und Juristenausbildung*, DVBl, 1985, pp. 822 y ss.; Götz/Klein/Starck (coords.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985; von Arnim, *Zur "Wesentlichkeitstheorie" des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl, 1987, pp. 1241 y ss.; P. Becker, *Parlamentarvorbehalt im Prüfungsrecht*, NJW, 1990, pp. 273 y ss.; Sendlar, *Gesetzes und Richtervorbehalt im Gentechnikrecht*, NVwZ, 1990, pp. 231 y ss.; Wahl/Masing, *Schutz durch Eingriff*, JZ, 1990, pp. 553 y ss.; A. Roth, *Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt*, 1991; Stober, *Der Vorbehalt des Gesetzes und Verwaltungsvorschriften im Subventionsrecht*, GewArch, 1993, pp. 136 y ss.; Erichsen, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, Jura, 1995, pp. 550 y ss.; Kopke, *Rechtschreibreform auf dem Erlaßwege?*, JZ, 1995, pp. 874 y ss.; Ders., *Die verfassungswidrige Rechtschreibreform*, NJW, 1996, pp. 1081 y ss.; Gassner, *Parlamentarvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz*, DÖV, 1996, pp. 18 y ss.; F. Becker, *Staatliche Zuwendungen an Parlamentsfraktionen und der Vorbehalt des Gesetzes*, NWVBl, 1996, pp. 361 y ss.; Haltern/Mayer/Möllers, *Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts*, DV 30, 1997, pp. 51 y ss.; Wehr, *Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, JuS, 1997, pp. 231 y ss., 419 y ss.; Seiler, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000; Maurer, *Zur Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, *Festschrift für K. Vogel*, 2000, pp. 331, 337 y ss.; Ibler, *Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane*, *Festschrift für Maurer*, 2001, pp. 145 y ss.; Hömig, *Grundlagen und Ausgestaltung der Wesentlichkeitslehre*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 273 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 6: BVerfGE 33, 1 (sentencia de cabecera, régimen penitenciario); BVerfGE 33, 125 (médico especialista, autonomía de las corporaciones para dictar ordenanzas); BVerfGE 49, 89 (sentencia sobre el asunto de la central nuclear de Kalkar, densidad de la regulación); BVerfGE 57, 295 (radiofusión privada); BVerfGE 58, 257 (centros escolares); BVerfGE 76, 1, 74 y ss. (permiso de residencia para extranjeros); BVerfGE 76, 171, 184 y ss. (directrices corporativas para el ejercicio de la abogacía); BVerfGE 77, 170, 230 y ss. (tratados internacionales); BVerfGE 80, 124, 131 y ss. (subvenciones a la prensa); BVerfGE 83, 130, 142, 151 y ss. (ponderación de la libertad artística y la protección de la juventud, procedimiento administrativo); BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103 115 f. (regulación legal de la libertad de asociación: cierre patronal; huelga de funcionarios); BVerfGE 98, 218, 250 y ss. (reforma ortográfica); BVerfGE 105, 279, 303 y ss. (advertencias del gobierno federal);

## § II. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

### 1. *A modo de observación previa*<sup>21\*</sup>

#### *A. La aplicación del derecho por parte de la administración*

La vinculación a la ley hace de los órganos administrativos órganos de ejecución de la ley y, por lo tanto, también de aplicación de la misma. Es por ello por lo que, en el ámbito de la aplicación del derecho, adquieren relevancia las figuras jurídicas de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, parece conveniente entrar, en primer lugar, y aunque sólo sea brevemente, sobre la cuestión de la aplicación del derecho.

a) Las *normas jurídicas* son proposiciones de carácter condicional. Ello significa que si una concreta conducta realiza el supuesto de hecho establecido en la ley, debe regir la consecuencia jurídica prevista legalmente.<sup>22</sup>

*BVerfGE* 108, 282, 306 y ss. (uso del pañuelo en la cabeza por parte de una maestra en la escuela). Cfr. además las referencias en el texto.

*BVerwGE* 6, 282; 58, 45; *BVerwG* DVBl. 1978, 212 ( ambas relativas a subvenciones); *BVerwGE* 47, 194; 64, 308 (centro escolar); *BVerwGE* 57, 130 (nota de la formación en prácticas de estudiantes de Derecho); *BVerwGE* 65, 323, 325 f. (regulación de la evaluación para el acceso a la profesión médica); *BVerwGE* 90, 112 (ayudas financieras a una asociación religiosa); *BVerwGE* 90, 359 (fundamento legal de una ordenanza municipal); *BVerwGE* 115, 189 (*Laserdorme*: ¿prohibición en virtud de una cláusula general de policía?); *BVerwGE* 121, 103 (fundamento legal para los subsidios a funcionarios); *BVerwG* DVBl. 2003, 139 (preferencia de las mujeres en el otorgamiento de subvenciones en el sector vitivinícola).

*OVG Münster* NVwZ 1982, 381 (subvenciones); *BayVerfGH* DÖV 1982, 691 (centros escolares); *BayVerfGH* BayVBl. 1984, 528 (reserva de ley y planificación); *OVG Münster* DVBl. 1989, 1162 (programa de discriminación positiva en favor de las mujeres, el establecimiento de cuotas requiere un fundamento legal); *VerfGH Berlin* DVBl. 1995, 428 (clausura de teatro estatal); *NRWVerfGH* DVBl. 1999, 1243 (unificación de los ministerios de Interior y Justicia por parte del presidente del *Land*).

<sup>21\*</sup> Los epígrafes I, II y III de este § 7 han sido traducidos por Núria Magaldi, profesora ayudante de la Universidad de Barcelona.

<sup>22</sup> Si, por ejemplo, el dueño de un establecimiento permite actuaciones delictivas en su local (conducta) y, por ello, no cumple con “la diligencia exigida para la dirección y explotación de su negocio” en el sentido de los §§ 4, 15 *GastG* (supuesto de hecho), entonces la administración tiene que revocar la licencia concedida (consecuencia jurídica).

Las normas jurídicas se estructuran, por tanto, sobre dos elementos: se componen de supuesto de hecho y consecuencia jurídica; cumpliéndose el supuesto de hecho, se produce la consecuencia jurídica.<sup>23</sup>

b) El proceso de *aplicación de la ley* se desarrolla en cuatro fases:

- Averiguación y comprobación del hecho o conducta: ¿Qué ha sucedido efectivamente? ¿Qué existe realmente?
- Concreción, interpretación y comprobación del contenido del supuesto de hecho previsto legalmente: ¿Qué expresa el supuesto de hecho legal?
- Subsunción: ¿Se corresponde el hecho o conducta con los elementos del supuesto de hecho establecido en la ley?
- Constatación de la consecuencia jurídica: ¿Qué rige, pues?

Estas cuatro fases nunca aparecen aisladas las unas respecto de las otras, sino que están recíprocamente relacionadas: el hecho o conducta debe averiguarse y concretarse en consideración a un determinado supuesto de hecho legalmente previsto; para la interpretación de la ley es preciso tener en cuenta el caso concreto y las circunstancias que lo rodean. La aplicación jurídica no es sólo una concatenación de deducciones lógicas sino también un proceso de cognición valorativo.

De forma esquemática es posible elaborar el siguiente cuadro:

En general	Ejemplo (§§ 4, 15Gast G)
Supuesto de hecho	diligencia debida
Hecho concreto	El hostelero tolera actuaciones delictivas en su local
Consecuencia Jurídica	Revocación de la licencia

<sup>23</sup> Las normas jurídicas típicas de las que aquí se trata, construidas según el esquema condicional “si-entonces”, deben diferenciarse de las normas jurídicas orientadas a un fin, que se encuentran, sobre todo, en el derecho de la planificación, *cfr.* en este sentido lo dicho en el marg. 63, así como también, de forma más detallada, en *Brohm*, NVwZ 1988, p. 798.

### ***B. El control jurisdiccional de la administración***

La vinculación a la ley pone a la administración en relación no sólo con el legislador, sino también con la jurisdicción contencioso-administrativa. Los tribunales contencioso-administrativos tienen que examinar la conformidad a Derecho de la actividad de la administración; tienen que comprobar, en definitiva, si los órganos administrativos han respetado las vinculaciones legales. La administración se coloca, de este modo, entre el legislador configurador y la jurisdicción controladora.<sup>24</sup>

Tanto los órganos de la administración como los tribunales actúan aplicando el derecho —los órganos administrativos, porque ejecutan las leyes; los tribunales, porque, en cierto modo, realizan de nuevo la aplicación del derecho que ya efectuó la administración, examinándola en su corrección. La aplicación jurídica de los órganos administrativos es primaria y originaria; la aplicación jurídica de los tribunales tiene lugar, por el contrario, con carácter “reactivo”. Si el tribunal llega a la conclusión de que la aplicación jurídica realizada por los órganos administrativos ha sido defectuosa (bien porque los hechos no se averiguaron con exactitud, bien porque la ley se interpretó equivocadamente), debe decidir él mismo al respecto de forma definitiva —si el asunto está maduro— o bien devolver el asunto al correspondiente órgano administrativo, para que adopte una nueva decisión de conformidad con el criterio jurídico del tribunal. La aplicación del derecho que efectúan la administración y el juez es estructuralmente idéntica, a pesar de los distintos puntos de partida. La “última palabra” en sentido jurídico la tiene el tribunal revisor, cuya decisión pasa a tener fuerza de cosa juzgada y, de esta manera, a ser vinculante y definitiva. Se habla también, por ello, de que los jueces tienen la competencia para “la decisión última”.

<sup>24</sup> El control jurisdiccional de la administración se pone en marcha sólo cuando el ciudadano implicado formula la correspondiente pretensión ante los tribunales contencioso-administrativos (“No hay juez sin demandante”). Esta potestad de control de los tribunales tiene una cierta eficacia *ex ante*, en el sentido de que los órganos administrativos tienen que contar con la posibilidad de una eventual interposición de un recurso y, (también) por ello, deben esforzarse por dotar de la suficiente cobertura jurídica a las medidas que adopten.

### ***C. Flexibilización de la vinculación a la ley***

La vinculación de la administración a la ley puede ser, como ya se ha dicho, estricta (§ 1 marg. 24); sin embargo, también cabe su flexibilización, bien porque a la administración le queda un margen de actuación en virtud de la atribución de potestades discrecionales, bien porque se le reconoce un margen de apreciación mediante el establecimiento de conceptos jurídicos indeterminados (esta última afirmación es, sin embargo, controvertida, *cfr.* los margs. 17 y ss.). Flexibilizar la vinculación a la ley supone, también, flexibilizar el control jurisdiccional, dado que los tribunales pueden controlar *sólo* la *conformidad a derecho* de la actuación administrativa. En tanto, en cuanto a la administración le corresponda un margen de actuación o de apreciación, será ella, en dicho ámbito, la que tiene el derecho a la “decisión última”.

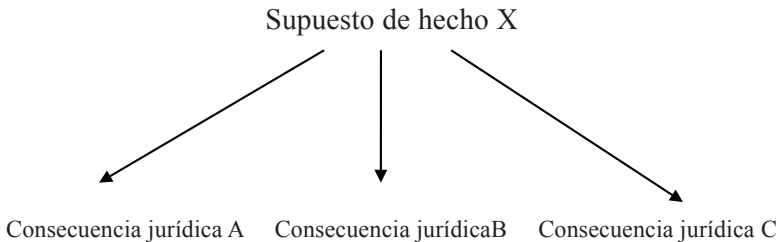
## ***2. La discrecionalidad de la administración***

### ***A. Concepto***

La discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de una regulación legal. Existe discrecionalidad cuando la administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho *una* consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto, a *si* la administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a *cuáles*, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección).<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Ejemplos: Según el § 15 II *VersG*, una manifestación que no ha sido previamente comunicada *puede* ser disuelta. Las autoridades administrativas están facultadas para ello, pero no están obligadas; tienen la posibilidad de elegir entre las dos opciones: disolución o no disolución. Según la cláusula general de policía (*cfr.* Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, pp. 219 y s.), las fuerzas del orden, en el caso de que exista un peligro para el orden y la seguridad pública, “tienen que adoptar las medidas que sean necesarias, de acuerdo con la discrecionalidad ejercida en la forma debida”. Depende de dichas autoridades, pues, decidir si se interviene o no y, en caso de hacerlo, qué medidas tomar al respecto. En aquellos casos en los que la normativa reguladora de las tasas prevea la posibilidad de

Es posible representar gráficamente la discrecionalidad como sigue:



Si se da el supuesto de hecho X, es posible la elección de la consecuencia jurídica A, B o C. Cada una de estas consecuencias jurídicas cuenta con cobertura legal y es, por lo tanto, *conforme a derecho*, siempre que se respeten los límites de la discrecionalidad, a los que nos referiremos más adelante.<sup>26</sup>

### **B. Los presupuestos de la discrecionalidad**

La discrecionalidad debe ser otorgada por el legislador. Debe resultar, pues, de las correspondientes normas jurídicas aplicables en cada caso. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la habilitación para el uso de la discrecionalidad puede producirse, ocasionalmente, a través de una indicación expresa, mediante el uso del término mismo de “discrecionalidad”; la mayoría de las veces, sin embargo, se desprende de la utilización de expresiones tales como “puede”, “le está permitido”, “está facultada para”, etcétera. En algunos casos aislados cabe, también, que se deduzca de una interpretación sistemática del contexto global de la regulación.<sup>27</sup>

cobrar una de entre treinta y cincuenta euros, el órgano administrativo puede determinar él mismo la cuantía concreta, siempre que se mueva dentro de dicho margen.

<sup>26</sup> El § 40 *VwVfG* no especifica nada acerca del concepto o de la admisibilidad de la discrecionalidad, sino que los da por supuestos y regula únicamente los límites legales para su ejercicio. Lo mismo cabe decir respecto del § 114 *VwGO*, el cual establece los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad desde la perspectiva del control jurisdiccional contencioso-administrativo. El § 40 *VwVfG* se corresponde, por su parte, con el § 5 *AO* 1977 y con el § 39 I 1 del libro I del *SGB*.

<sup>27</sup> Según el § 48 *StVO*, toda persona que no respete la normativa de tráfico está obligada, previo emplazamiento efectuado por las autoridades administrativas correspondientes, a tomar parte en unos cursos sobre tráfico y circulación. No hay duda de que dichas autoridades no tienen que imponer tales cursos a todo infractor de normas de circulación, sino que el hacerlo o no queda dentro de su ámbito o esfera de discrecionalidad. Por otra parte, el uso de

Por el contrario, el órgano administrativo está *obligado* a actuar (actuación administrativa reglada) si la norma en cuestión utiliza expresiones del tipo “debe”, “ha de ser (otorgado)”, “no puede (ser denegado)”, etcétera.<sup>28</sup>

A medio camino encontramos un tipo de normas que contienen una obligación de menor intensidad expresada mediante el término “debería”. Cuando un órgano administrativo “debería” actuar bajo determinadas circunstancias o presupuestos significa que por regla general está obligado a actuar en un determinado sentido, pero que tiene la posibilidad de no hacerlo, desviándose en casos excepcionales o situaciones atípicas.<sup>29</sup>

El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (en adelante, *BVerwG*) habla, en los últimos tiempos, de una “discrecionalidad intencionada”, que concurriría cuando la propia ley ya indica en qué dirección debe orientarse el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración, esto es, cuando un determinado resultado es querido, en principio, por la propia ley, la cual sólo de forma excepcional permite desviarse del mismo. En este caso, si el órgano administrativo sigue en su actuación la orientación marcada por la ley, no son necesarias —y ésta es la verdadera razón de la nueva figura— ni una ponderación específica ni una especial motivación del ejercicio de la potestad discrecional. Sin embargo, esta posición debe rechazarse. Y ello, porque a la esencia misma de la discrecionalidad pertenece el análisis de las circunstancias del caso particular desde la perspectiva de la intención de la ley, la cual tiene que desprenderse y se desprenderá, en mayor o menor medida, de las circunstancias dadas en cada caso. Si el legislador quiere que, de ordinario, se tome una determinada decisión de la que sólo de forma excepcional cabrá desviarse, entonces tiene la posibilidad de recurrir a una norma que se exprese mediante el ya mencionado “debería”. La nueva creación del *BVerwG* es no sólo innecesaria, sino también

la palabra “puede” tiene, en ocasiones, el sentido de que la administración es titular de una determinada *competencia* que, para el caso de que se den determinados requisitos legales, *debe* ejercer obligatoriamente; no se trata en estos casos de una “discrecionalidad de tipo permisiva” sino de una “competencia permisiva”; *cfr.* sobre ello *BVerwGE* 23, 25, 29; 44, 339, 342.

<sup>28</sup> La diferencia entre la actuación administrativa reglada y la actuación administrativa discrecional se puede ver claramente a la luz, por ejemplo, del § 15 II y III *GastG*: “la autorización para explotar un establecimiento hotelero ha de ser revocada, si...” (apartado segundo), y “puede ser revocada si...” (apartado tercero).

<sup>29</sup> Según el § 12 IV *WPflG*, el sujeto al servicio militar “debería” ser dado de baja en determinados casos extremos, salvo que excepcionalmente —por ejemplo, a la vista de una situación crítica del reemplazo— sea necesario su llamamiento. Véase, también, sobre el significado de este tipo de normas, *BVerwGE* 49, 16, 23; 64, 318, 323; 90, 88, 93.



perturbadora, puesto que difumina las fronteras entre las normas permisivas y las obligatorias. No obstante, es también posible que una norma legal no utilice expresamente el término “debería”, pero de su finalidad y su contexto global se desprenda una interpretación en este sentido (*cfr.* lo que se ha dicho respecto de la “simple” discrecionalidad en el marg. 9).<sup>30</sup>

### C. El sentido de la discrecionalidad

La discrecionalidad da a la administración la posibilidad de decidir bajo su propia responsabilidad, si bien debe tratarse siempre de una decisión dirigida legalmente.

a) *Ejercicio individual de la discrecionalidad.* La discrecionalidad sirve, sobre todo, a la justicia del caso concreto. Se pone a los órganos en la posición de hallar una solución adecuada y correcta para el caso concreto, teniendo en cuenta a estos efectos tanto el punto de vista de los objetivos perseguidos por la ley (la finalidad de la norma, la *ratio legis*) como las concretas circunstancias del caso. Para ello deben, en primer lugar, preguntarse qué fines persigue el otorgamiento de discrecionalidad, así como también cuáles son los puntos de vista determinantes al respecto para, atendiendo a todo ello, juzgar el caso concreto y tomar una decisión en consecuencia. Aquí pueden influir tanto argumentos de equidad como consideraciones de conveniencia y oportunidad.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> *Cfr.* sobre la discrecionalidad intencionada *BVerwGE* 72, 1, 6; *BVerwGE* 105, 55, 57 y también en DVBl. 1998, p. 145 con comentario favorable de Schwabe; *BayVGH NVwZ* 2001, 931. En la doctrina se muestran escépticos en relación con la figura de la discrecionalidad intencionada, rechazándola en algunos casos, Sachs, StBS § 40 margs. 28 y ss. (“tomada con la mayor de las reservas”); Gerhardt, en: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (coords.), VwGO, § 114 marg. 20 (“se impone la reserva al respecto”); Volkmann, *Das “intendierte” Verwaltungsermessen*, DÖV, 1996, pp. 281 y ss. (crítico en su totalidad); Borowski, *Intendierte Ermessen*, DVBl, 2000, pp. 149 y ss. (“a la vista de los peligros vinculados a esta figura jurídica, el derecho administrativo se las arreglaría mejor sin ella”); Erbguth, *Rücknahmefrist und “intendierte” Ermessen*, JuS, 2002, pp. 333 y ss.; Pabst, *Intendierte Ermessen und Normauslegung*, VerwArch 93, 2002, pp. 540 y ss., (“dudosa y superflua”); mejor acogida aunque con dudas al respecto, Hennecke, *Snack*, VwVfG, § 40 marg. 35; acogiendo positivamente la figura Beuermann, *Intendierte Ermessen*, 2002; desde la perspectiva del derecho urbanístico: Hoppe, *Durch Soll-Vorschriften “intendierte” Ziele der Raumordnung und ihre Bezüge zu “intendiertem Ermessen”*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 625 y ss.

<sup>31</sup> Ejemplos: La disolución de una manifestación que no ha sido debidamente comunicada sirve claramente para garantizar el orden y la seguridad pública, pero también para asegurar la observancia del plazo de comunicación. Si tiene lugar una manifestación no comunicada, en tal caso el funcionario correspondiente debe examinar si se han podido derivar perjuicios de la misma y, en su caso, cuáles son —por ejemplo, para el tráfico, para los

b) *Ejercicio general de la discrecionalidad*. Como ya se ha dicho, la discrecionalidad está orientada fundamentalmente al caso concreto. No obstante, es posible y está permitido que un órgano administrativo superior, a través de instrucciones administrativas, uniformice la aplicación de la discrecionalidad que van a realizar los órganos administrativos inferiores. Una vinculación tal de la discrecionalidad se explica por el principio de igualdad de trato, y cabe justificarla, además, por el hecho de que la discrecionalidad no sólo puede otorgarse a los órganos administrativos singulares sino también a “la administración”, para dotarla de un margen de actuación propio que le permita desarrollar sus propios programas de decisión y sus propias medidas. También este ejercicio general de la discrecionalidad está vinculado a los objetivos legales; sin embargo, no se orienta al caso concreto individual, sino a casos concretos típicos.<sup>32</sup>

No debe ignorarse la posibilidad de que ambos tipos de ejercicio de la discrecionalidad (individual y general) puedan entrar en conflicto. Así, es preciso en cada caso examinar si y hasta qué punto está permitido un ejercicio de tipo general. El necesario equilibrio podría lograrse aceptando que los órganos administrativos están vinculados por instrucciones administrativas que se completan a través del ejercicio de la discrecionalidad, pero con la posibilidad de desviarse de las mismas en casos excepcionales o atípicos.<sup>33</sup>

peatones, para los mismos participantes en la manifestación—, cuál es la extensión o amplitud de tales perjuicios, si se hubieran agravado por la afluencia de un mayor número de manifestantes, si la disolución realmente hubiera podido llevarse a cabo; todo ello depende, en última instancia, del tipo y de las dimensiones de la manifestación, del comportamiento del tráfico, de las posibles infracciones cometidas, de la cantidad de fuerzas policiales a disposición, etcétera, *cfr.* al respecto *BVerwGE* 26, 135, 140. La asistencia a clases de circulación y educación viaria según el § 48 *StVO* tiene como objetivo fortalecer los conocimientos y, sobre todo, la conciencia de la responsabilidad del conductor; un emplazamiento para asistir a tales cursos puede emitirse, por ello, tan sólo cuando la infracción de tráfico cometida por una persona evidencie que ésta carece de aquellos conocimientos o de la conciencia de su responsabilidad. *Cfr.* *BVerwGE* 36, 119, 120 y ss.

<sup>32</sup> Ejemplo: Un superior jerárquico ordena a sus subordinados que la exacción de tasas de cuantía inferior a tres marcos alemanes se efectúe de manera no coactiva.

<sup>33</sup> La prohibición del “ejercicio general de la discrecionalidad” puede resultar ya del texto de la ley. Así, por ejemplo, del § 15 I *VersG*, según el cual una manifestación puede ser prohibida “si a la vista de las circunstancias apreciables en el momento en el que se expidió la orden o disposición, la seguridad o el orden públicos se ven en peligro inmediato”; se trata de una prohibición que sólo está permitida para el caso concreto expresado en la norma, de modo que una predeterminación mediante directrices discrecionales debe considerarse contraria a derecho (*cfr.* Ott/Wächtler, *Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge*, 6a. ed., 1996, § 15 *VersG* marg. 25). Con carácter general sobre esta materia véase Bullinger, *NJW* 1974, pp. 770 y ss.; también *BVerwGE* 31, 212, 213 y ss.; 95, 98, 100;

### ***D. Los elementos reglados en el ejercicio de potestades discrecionales***

La discrecionalidad no proporciona a la administración libertad alguna, ni la posibilidad de hacer lo que quiera. No existe una “discrecionalidad libre o absoluta” (a pesar de que aún hoy surgen, ocasionalmente, engañosas formulaciones en estos términos), sino que sólo existe una discrecionalidad ejercida “en el modo debido”, o mejor aún: una discrecionalidad jurídicamente vinculada. Así se desprende claramente del § 40 *VwVfG* y de sus preceptos concordantes: los órganos administrativos tienen que (están obligados a) “ejercer su discrecionalidad de acuerdo con la finalidad de la habilitación concedida y respetar los límites legales de la potestad discrecional”. Si éstos no se ajustan a dicha finalidad ni se mantienen dentro de los límites establecidos legalmente, actúan “de forma incorrecta en el ejercicio de su potestad discrecional” y, por lo tanto, actúan antijurídicamente. Los tribunales contencioso-administrativos pueden, en tales casos, entrar a examinar el respeto de estas vinculaciones jurídicas.

No obstante, la típica expresión “vicio en el ejercicio de potestades discrecionales” no debe ser malinterpretada. Un vicio de este tipo *sólo* tiene lugar cuando los órganos administrativos no han respetado las limitaciones que la ley impone al ejercicio de dicha potestad. El hecho de que una decisión administrativa pueda ser inadecuada, o que una decisión distinta hubiera tenido mucho más sentido, o hubiera sido mejor, no afecta en nada a la legalidad de la misma. Semejantes objeciones no son *jurídicamente* significativas y, por lo tanto, no caen dentro del control jurisdiccional contencioso-administrativo. La administración, por el contrario, sí puede y debe controlar *también* la *conveniencia y oportunidad* del acto administrativo en el procedimiento de recurso administrativo previo a la vía contencioso-administrativa (§ 68 I *VwGO*).

### ***E. Los vicios en el ejercicio de potestades discrecionales***

Debe señalarse de antemano que la cuestión sobre si un órgano administrativo ha ejercido correctamente su discrecionalidad se plantea, única y exclusivamente, en el caso de que efectivamente se den los presupuestos previstos

*BVerwG ZBR 1972, 279; BGH NJW 1987, 1329* (en materia de función pública y de derecho notarial respectivamente); sobre las instrucciones administrativas, véase con mayor detalle *infra*, § 24.

por la norma habilitante, según los cuales aquel estaba facultado para ejercer la potestad discrecional.<sup>34</sup>

Entrando al detalle es posible establecer la siguiente tipología de los vicios en el ejercicio de potestades discrecionales (tanto en la jurisprudencia como en la doctrina existen diversas clasificaciones y variadas denominaciones; no obstante, sí puede hablarse de un amplio acuerdo en cuanto a los contenidos materiales de las mismas):

- a) Hay *exceso en el ejercicio de la discrecionalidad* cuando un órgano administrativo opta por una consecuencia jurídica que no queda comprendida dentro del marco de la norma habilitante de la potestad discrecional.<sup>35</sup>
- b) Hay *omisión en el uso de la discrecionalidad* (insuficiente ejercicio de la potestad discrecional) cuando un órgano administrativo no utiliza la discrecionalidad que le corresponde, es decir, cuando éste considera, bien por negligencia, bien por error, que el derecho le obliga a no actuar. También en los casos en los que a un órgano le corresponde decidir, en ejercicio de su discrecionalidad, si actúa o no, está obligado a analizar si la actuación en el caso concreto es o no pertinente.

*Cfr. BVerwGE* 15, 196, 199; 31, 212, 213. Ejemplo: A, que vive en las proximidades de una iglesia, solicita a la policía que actúe en relación con el sonido de las campanas de la misma, que tiene lugar a temprana hora y de forma molesta; la autoridad administrativa competente no hace nada porque, erróneamente, cree que no es competente para dictar órdenes contra la iglesia en cuestión, *cfr. VG Würzburg, BayVBl.* 1972, p. 23; Maurer, *JuS*, 1972, pp. 330 y ss.; otra cuestión es bajo qué presupuestos la policía, en el caso concreto, estaba autorizada y tenía que actuar, *cfr. BVerwGE* 68, 62; 90, 163 así como Laubinger, *VerwArch*, vol. 83, 1992, pp. 623 y ss.

<sup>34</sup> Ejemplo: El correspondiente órgano administrativo en materia urbanística “puede” exigir, según las ordenanzas de edificación, la demolición de una obra que carece de la licencia correspondiente y que está en contradicción con el derecho urbanístico sustantivo. La cuestión de si la orden de demolición se adoptó sin vicios en el ejercicio de potestades discrecionales sólo deberá ser examinada si previamente se constata que la obra requería licencia, que ésta no se había otorgado, y que aquella contradecía el derecho urbanístico sustantivo.

<sup>35</sup> Ejemplo: La administración exige una tasa de sesenta euros, aunque en el caso concreto de que se trata, y según la normativa en la materia, sólo puede exigir una cantidad que oscile entre veinte y cincuenta euros.

- c) Existe *mal uso de la discrecionalidad* (abuso de la discrecionalidad) cuando la autoridad no se guía exclusivamente por el fin marcado por la norma habilitante. Este vicio debe ponerse en relación con el sentido y la significación de la discrecionalidad (*cfr.* el marg. 13). A la vista de ello, el órgano administrativo actúa incorrectamente cuando no respeta los objetivos legalmente fijados, o cuando en el ejercicio de su discrecionalidad no pondera suficientemente todos los elementos determinantes.<sup>36</sup>
- d) *Vulneración de derechos fundamentales y principios generales del derecho administrativo*. Los derechos fundamentales y los principios generales de la actuación administrativa, en especial los de necesidad y proporcionalidad (*cfr.* lo dicho en § 10, marg. 17), son límites objetivos de la discrecionalidad, pero también elementos para una adecuada ponderación en el ejercicio de la misma [así, constituyen un complemento tanto de a) como de c)]. Su vulneración vicia la decisión discrecional.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Vicios en el ejercicio de potestades discrecionales son, por ejemplo, las consideraciones personales o político-partidistas, no estén previstas legalmente y de forma excepcional; también las medidas policiales que no se orientan a la prevención de peligros sino a finalidades de tipo asistencial. La consideración de *elementos de tipo financiero* puede, pero no tiene necesariamente que constituir un vicio: así, es contraria a derecho en los casos de actuaciones policiales, pero no lo es si se examina la revocación de un acto administrativo ilegal (*cfr.* § 11, margs. 21 y ss.). En el ejemplo de la manifestación al que hemos hecho referencia anteriormente hubiera sido materialmente incorrecto y, por lo tanto, contrario a un adecuado ejercicio de la potestad discrecional, el que la manifestación se hubiera disuelto para evitar la expresión de ideas políticas (*cfr.* *BVerwGE* 26, 135, 140). En el caso de los cursos de circulación, nos hallaríamos ante un vicio del ejercicio de la discrecionalidad si una infracción de circulación ocasional y de escasa importancia hubiera supuesto para el conductor infractor la obligación de asistir a ellos (*cfr.* *BVerwGE* 36, 119, 120). Las siguientes decisiones judiciales nos ofrecen una visión sobre las (a menudo inabarcables) consideraciones y ponderaciones que, en el ejercicio de su discrecionalidad, deben ser tomadas en consideración por los órganos administrativos: *BVerwGE* 6, 186; 64, 7 (en materia de nacionalización según el § 8 *RuStAG*); *BVerwGE* 16, 194 (sobre la jubilación anticipada de un funcionario); *BVerwGE* 35, 291; 42, 133; 60, 75; 68, 101 (expulsión de un extranjero debido a una condena penal según el § 10 I. 2 *AuslG* en su anterior versión.); *BVerwGE* 95, 15 (reconocimiento de “otros puestos” en el sentido del § 8 IV núm. 7 *StVZO*; *OVG Münster DVBl.* 1973, 863 (licencia provisional según el § 11 *GastG*).

<sup>37</sup> Aquí hay que tomar en consideración sobre todo el principio de igualdad del artículo 4 I *GG*, el cual prohíbe a la administración tratar casos iguales de forma desigual; esto puede desembocar en la llamada autovinculación de la administración (*cfr. infra*, § 24, marg. 21). Pero también otros derechos fundamentales, así como los valores constitucionales que en ellos se expresan, pueden ser relevantes en el examen del ejercicio de las potestades discrecionales: en la decisión discrecional sobre la expulsión de un extranjero casado con una

### ***F. La reducción de la discrecionalidad***

La discrecionalidad significa que la administración tiene la posibilidad de elegir entre distintos modos de actuar. En algunos casos, sin embargo, es posible que la posibilidad de elección se reduzca a *una* alternativa. Ello ocurre cuando sólo una de las decisiones está libre de vicios, mientras que todas las otras posibles elecciones están afectadas por alguno de ellos. La administración está, en tales casos, *obligada* a “elegir” esta única posibilidad que le queda. Se habla en estos casos de “reducción de la discrecionalidad a cero”, o de “estrechamiento de la discrecionalidad”.<sup>38</sup>

Una “reducción de la discrecionalidad a cero” puede producirse, especialmente, con la entrada en escena de derechos fundamentales y principios constitucionales.<sup>39</sup>

### **3. Conceptos jurídicos indeterminados y margen de apreciación<sup>40\*\*</sup>**

Mientras la *discrecionalidad* aparece en el lado de la *consecuencia jurídica* (hablándose por ello de “discrecionalidad relativa a la consecuencia jurídica” o “relativa a la actuación”), los *conceptos jurídicos indeterminados* y el *margen de apreciación* constituyen problemas que atañen al *supuesto de hecho de la norma legal*.

alemana, debe tenerse muy en cuenta, por ejemplo, el artículo 6 I GG (*cfr. BverwGE* 42, 133 y también *BverfGE* 51, 386, 396 y ss.). En la decisión discrecional sobre la concesión a un partido político de un permiso de aprovechamiento especial para la colocación de carteles y propaganda política en la calle deben considerarse, además, los derechos de los artículos 5 I y 21 I GG (*BverwGE* 56, 56).

<sup>38</sup> Así, las autoridades policiales, a pesar de tener una sustancial libertad para el ejercicio de su discrecionalidad, están obligadas a intervenir en determinados casos, como, por ejemplo, en supuestos de grave peligro para bienes jurídicos esenciales (*cfr. BverwGE* 11, 95, 97; Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, pp. 369 y ss., con ulteriores referencias al respecto).

<sup>39</sup> El permiso de aprovechamiento especial de vías públicas se concede de forma discrecional (*cfr. supra*); sin embargo, *deben* ser tenidos en cuenta, también, los artículos 21 I y 38 I GG cuando se trate de los carteles electorales de partidos políticos durante el desarrollo de una campaña electoral (*BverwGE* 47, 280, 283).

<sup>40\*\*</sup> Los epígrafes III y IV de este § 7 han sido traducidos por Marc Tarrés Vives, profesor lector de derecho administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya.

### A. El concepto jurídico indeterminado

Los elementos de los distintos supuestos de hecho legales son, en cuanto a su contenido, de una diversa precisión. Existe, dentro de los diversos conceptos contemplados por la ley, una amplia escala de gradación atendiendo a la mayor o menor precisión de su contenido. Determinados supuestos de hecho tienen un sentido bastante claro, sea ya por su naturaleza, como, por ejemplo, los datos geográficos y cronológicos; sea porque, aunque tienen carácter jurídico, han sido delimitados por las leyes o por la jurisprudencia, como, por ejemplo, los conceptos de cosa, propiedad, oficio, servicio militar. En cambio, otros supuestos de hecho no están determinados, pero son susceptibles de serlo en cada caso concreto, como, por ejemplo “el atardecer” o “el espacio cerrado”.

Por otro lado, existen conceptos jurídicos indeterminados —o, mejor dicho, conceptos legales indeterminados, aunque la expresión “concepto jurídico indeterminado” ha adquirido carta de naturaleza y, en consecuencia, es la que debe usarse aquí—, tales como: interés público, bien común, importante razón, por interés de la circulación, honorabilidad, adecuación, necesidad, situación de especial gravedad, deterioro, menoscabo del paisaje, etcétera.<sup>41</sup>

Resulta patente que la interpretación (en abstracto) de los conceptos jurídicos indeterminados y, sobre todo, su aplicación en el caso concreto pueden presentar dificultades considerables. Es, por ejemplo, discutible qué es lo que hay que entender por honorabilidad en el sentido del § 4 I núm. 1 de la *GastG*. Todavía más discutible puede resultar la determinación de si una persona que solicita la autorización de un establecimiento de restauración es honorable en el sentido de esta disposición. Existen, ciertamente, numerosos casos en los que la honorabilidad puede ser afirmada o negada sin más. Pero, entre los dos

<sup>41</sup> Según el § 4 I núm. 1 de la Ley de Establecimientos de Restauración (*GastG*), la autorización debe denegarse si “determinados hechos conducen a considerar que el solicitante no posee la *honorabilidad* exigida para la actividad”. De acuerdo con el (antiguo) § 1 I de *GjSM*, las “publicaciones que resulten *idóneas* para *poner en peligro moral* a los niños y adolescentes” deben ser inscritas en una lista con la consecuencia de que su difusión se halla sometida a restricciones. Con arreglo al § 2 I 2 de la Ley de Extranjería (*AuslG*) —en su antigua redacción—, podía otorgarse un permiso de residencia “si la presencia del extranjero en cuestión no resulta perjudicial a los *intereses de la República Federal Alemana*”. En un gran número de leyes se condiciona el otorgamiento de la autorización a la necesaria adopción de medidas de protección “según el estado de la ciencia y de la técnica” [así, por ejemplo, el § 11 I núm. 4 de la Ley de Ingeniería Genética (*GenTG*), y el § 6 II núm. 2 de la Ley de la Energía Atómica (*AtG*)].



supuestos, existe una zona intermedia donde la honorabilidad es dudosa y controvertida para los intervinientes. Sólo puede existir *una única* respuesta acertada en sí misma: o el solicitante *es* honorable o *no lo es*. Desde un punto de vista jurídico, las dos cosas no pueden ser simultáneamente correctas; sólo puede haber *una única* decisión correcta. Sin embargo, en estos casos límite, resulta dudoso, precisamente, *qué* es lo correcto. El *problema* de los conceptos jurídicos indeterminados se sitúa en el *ámbito del conocimiento*. La aplicación de estos conceptos en el caso particular exige un juicio de valor y, frecuentemente, también un pronóstico de futuro; esto, a su vez, sólo es posible cuando se han tenido en cuenta, se han valorado y se han ponderado diferentes puntos de vista. La única solución en sí misma ajustada a derecho no siempre se deja declarar de manera unívoca.

El *órgano administrativo* debe, pese a esas dificultades, llegar en cada caso concreto a una decisión determinada. Lo discutible y controvertido es si —y hasta qué punto— están facultados los tribunales de lo contencioso-administrativo para revisar una decisión administrativa adoptada sobre la base de un concepto jurídico indeterminado y, llegado el caso, sustituirla por su propia decisión.

## **B. La teoría del margen de apreciación**

a) En la doctrina se ha defendido, con teorías diferentes, pero en lo sustancial ampliamente convergentes, la idea de un limitado control jurisdiccional de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Según la teoría del margen de apreciación desarrollada por Bachof en 1955, mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados se atribuye a la autoridad administrativa un *margen de apreciación*, es decir, un espacio propio de valoración y decisión insusceptibles de ulterior control jurisdiccional; los tribunales administrativos tienen que aceptar las decisiones adoptadas dentro de ese espacio, si bien pueden revisar si los límites del mismo han sido respetados. A una conclusión análoga llega la teoría de la *justificabilidad* elaborada al mismo tiempo por Ule: de acuerdo con ella, cuando en casos límite existen varias soluciones justificables, la decisión del órgano administrativo que se mantenga dentro del marco de lo justificable debe ser considerada conforme a derecho. En la misma línea, aunque con mayores reservas, se sitúa la concepción de Wolff, según la cual el órgano administrativo ostentaría una *prerrogativa de apreciación*: cuando un concepto jurídico indeterminado exige una “apreciación” —especialmente en lo que respecta a desarrollos

futuros— que no puede volver a ser realizada por los tribunales ni, por lo tanto, controlada *a posteriori* por ellos, hay que aceptar como base de la decisión la “apreciación” hecha por el órgano administrativo.<sup>42</sup>

Todas estas tres concepciones, agrupadas aquí de forma simplificada bajo la denominación común de “margen de apreciación”, parten todas de las mismas consideraciones: mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, el legislador habilita a la administración para adoptar decisiones bajo su propia responsabilidad, las cuales sólo limitadamente pueden ser controladas por los tribunales; en favor de estas tesis hablaría: que los conceptos jurídicos indeterminados permiten diferentes valoraciones; que ya por razones lógico-normativas no puede haber sólo una *única* solución correcta; que la administración posee mayor pericia y experiencia y está más próxima a los problemas administrativos concretos; que ciertas decisiones son irrepetibles o imposibles de defender, y que debe reconocerse a la administración, en tanto qué poder público autónomo, un ámbito de responsabilidad propia, incluso frente al poder judicial.

La mayor parte de la doctrina se encuentra alineada con la teoría del margen de apreciación; sin embargo, es cada vez más frecuente que se subraye que la existencia de un concepto jurídico indeterminado no basta por sí sola; antes bien, únicamente puede afirmarse un margen de apreciación no completamente revisable por los tribunales cuando y en la medida en que el órgano administrativo haya sido habilitado por la correspondiente ley para efectuar una apreciación concluyente (es la llamada teoría de la habilitación normativa).<sup>43</sup>

La teoría de la habilitación normativa, que en el ínterin se ha convertido en dominante, tiene la ventaja de que en ella el margen de apreciación

<sup>42</sup> Cfr. Bachof, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, JZ 1955, pp. 97 y ss.; reproducido también, con una “advertencia para 1979” en Bachof, *Wege zum Rechtsstaat*, 1979, pp. 154 y ss.; *idem*, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, JZ 1972, pp. 641 y ss.; *idem*, “Diskussionsbeitrag”, Götz/Klein/Starck, *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985, pp. 179 y ss.; Ule, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 309 y ss.; *idem*, *Rechtsstaat und Verwaltung*, VerwArch 76, 1985, pp. 1 y 9 y ss.; *idem*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9a. ed., 1987, pp. 6 y ss.; Wolf, *Verwaltungsrecht I*, 7a. ed., 1968, § 31 I c 4 (pp. 167 y ss.).

<sup>43</sup> Cfr. en este tema Schmidt-Aßmann, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, artículo 19 IV, 2003, margs. 191 y ss.; *idem*, VerwR, pp. 217 y ss.; Sachs, StBS § 40 margs. 161 y ss.; Wahl, NVwZ, 1991, pp. 410 y ss., con otras referencias; BVerwGE 94, pp. 307, 309 y ss.; 100, 221, 225 y ss.

no se fundamenta en consideraciones teórico-jurídicas, lógico-normativas o prácticas de carácter general, sino que el mismo ha de establecerse por el legislador y, por lo tanto, resulta de la propia ley. Esta teoría, sin embargo, choca con dos dificultades. Por un lado, sólo raras veces se encuentran leyes que contengan una habilitación explícita. Con todo, tampoco se exige esto; resulta suficiente, antes bien, que pueda constatarse por vía interpretativa la existencia de un margen de apreciación. Pero, de esta manera, la teoría de la habilitación normativa aterrizaba nuevamente en los puntos de vista que con anterioridad se han expuesto sobre el fundamento del margen de apreciación. De otro lado, permanece la cuestión de si —y hasta qué punto— el margen de apreciación legalmente reconocido resulta compatible con el artículo 19 IV GG. Los tribunales deben examinar esta cuestión —por lo menos en los casos dudosos— y, si la responden negativamente, elevarla al *BVerfG* con arreglo al artículo 100 I GG, a menos que eludan esta solución mediante una interpretación conforme con la Constitución, lo cual también resulta problemático. La teoría de la habilitación normativa tiene, desde luego, el mérito de que remite a la competencia y responsabilidad del legislador la configuración del artículo 19 IV GG; sin embargo, dicha teoría sólo tiene sentido cuando el legislador actúa de una forma reconocible (equiparable al uso del “podrá” en el caso de la discrecionalidad). Por lo demás, tampoco queda resuelta la decisiva cuestión de si la limitación condicionada del control judicial que el margen de apreciación supone es conforme con el artículo 19 IV GG.<sup>44</sup>

La teoría del margen de apreciación no ha resultado incontestada en la doctrina. La misma ha sido cuestionada en cierto modo desde dos lados. Por una parte, y en línea con la antigua teoría de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos, se ha defendido la tesis según la cual la ley, mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, confiere a los órganos administrativos un margen de discrecionalidad, que se rige por los principios generales relativos a las potestades discrecionales. Por otra parte, algunos autores han rechazado por completo la existencia de un margen de apreciación de la administración revisable por los tribunales de manera sólo limitada, y ello por consideraciones de principio y, sobre todo, a la vista del

<sup>44</sup> Existe acuerdo, sin embargo, acerca de que sólo excepcionalmente hay que reconocer la existencia de un margen de apreciación y, además, acerca de que el mismo se limita a la subsunción, a la aplicación de la ley en el caso particular, sin extenderse a la averiguación de los hechos, ni a la interpretación (en abstracto) de los conceptos jurídicos indeterminados.

artículo 19 IV GG, que exigiría un control judicial integral —de los aspectos jurídicos y fácticos— de las medidas administrativas.<sup>45</sup>

b) *La jurisprudencia.* Inicialmente, el *BVerwG* no revisaba los conceptos jurídicos indeterminados más que de un modo limitado, pero luego pronto pasó a sostener la tesis según la cual tales conceptos —salvo excepciones— son susceptibles de control íntegro por parte de los tribunales, de tal modo que la administración no dispone de margen alguno de apreciación. Las excepciones deben estar justificadas por especiales razones, así como poder desprenderse de la correspondiente regulación legal (*BVerwGE* 94, 307, 309; 100, 221, 225 —en ambas, se rechaza la existencia del margen en los respectivos casos enjuiciados—).<sup>46</sup>

El *BVerfG* ha seguido la misma línea, si bien ha sido más severo a la hora de admitir excepciones cuando se enjuiciaban restricciones de los derechos fundamentales. El tribunal subraya que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo están obligados, en principio, a revisar ilimita-

<sup>45</sup> Cfr. sobre la inclusión de los conceptos jurídicos indeterminados en la teoría de la discrecionalidad, especialmente Meyer/Borgs, *VwVfG*, § 40 margs. 17 y ss.; Obermayer, *VwVfG*, 1a. ed., 1983, § 40 margs. 11 y ss.; Starck, *Festschrift für Sendler*, pp. 167 y ss.; sobre el rechazo del margen de apreciación, Rupp, *Grundfragen*, pp. 212 y ss.; *idem*, *Festschrift für Zeidler*, pp. 455 y ss.; con referencia al artículo 19 IV GG, por ejemplo, Ibler, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 19 IV, 2001, margs. 257 y ss.; *idem*, *Rechtspflegender Rechtsschutz*, pp. 183 y ss. y reiteradamente; Koop/Ramsauer, *VwVfG*, § 40 margs. 73, todos con ulteriores referencias.

<sup>46</sup> Un margen de apreciación fue negado, por ejemplo, en *BVerwGE* 15, 207, 208 (“importante motivo” en el sentido de la Ley sobre Cambio de Nombre); *BWervGE* 24, 60, 63 y ss. (“carácter de monumento histórico de un edificio”); *BVerwGE* 45, 162, 164 y ss. (“caso especial” y “razones de salud pública”, en el sentido del § 3 III de la Ley Federal de la Profesión Médica); *BVerwGE* 71, 75 (bienestar de la colectividad); *BVerwGE* 86, 101 y ss. (exigencia de equidad, rendimiento y eficiencia en los hospitales); *BVerwGE* 65, 19, 21 y ss. (en interés de la asistencia médica de la población); *BVerwGE* 68, 267, 271 (*periculum in mora*); *BVerwGE* 81, 12, 17 (efectos ambientales injustificables según el estado de la ciencia); *BVerwGE* 88, 35, 37 y ss. (sentido de la expresión “necesidad” con relación a la afectación de un inmueble a un interés público particular según el § 37 I del Código urbanístico); *BVerwGE* 94, 307, 309 (calificación vitivinícola); *BVerwGE* 100, 221, 225 (examen oficial para personas que ejercen la curandería); *BVerwGE* 107, 245, 253 y ss. (“ausencia” de un colaborador en el servicio de protección frente a catástrofes).

La decisión del *BVerwG* del 16 de diciembre de 1971 (*BVerwGE* 39, 197) relativa a la calificación de las publicaciones dañinas para la juventud no introdujo cambio alguno de tendencia, contrariamente a lo que en un principio había considerado la doctrina; en este sentido Bachof, *JZ* 1972, 208 y ss.; Ossenbühl, *DÖV*, 1972, pp. 401 y ss.; Erichsen, *VerwArch.* vol. 63, 1972, pp. 337 y ss. Lo mismo vale para la decisión de la Sala de Conflictos de los Tribunales Federales (*GemS-OGB*), del 13 de febrero de 1970, a propósito del § 131 de la Ley General Tributaria de 1919 (*BVerwGE* 39, 355).

damente, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, las decisiones de la administración, también cuando se trata de la aplicación y concreción de conceptos jurídicos indeterminados. Sólo cabe considerar un “limitado espacio de decisión” cuando estos conceptos, como consecuencia de la elevada complejidad y la especial dinámica de la materia regulada, sean tan vagos, y su concreción producida *a posteriori*, con ocasión de la revisión de la decisión administrativa, resulte tan difícil, que el control judicial tope con los límites funcionales de la jurisdicción (*BVerfGE* 84, 34, 50). Hasta la fecha, sin embargo, esta posibilidad tan sólo ha sido apuntada, puesto todavía no se ha presentado la ocasión para entrar en ella con mayor determinimiento. Unicamente en el caso de exámenes relativos al ejercicio de profesiones ha reconocido el tribunal un margen de apreciación —hablando de “margen de valoración”—, si bien en términos aún más restrictivos que los de la anterior jurisprudencia del *BVerwG*.<sup>47</sup>

c) Un *margen de apreciación* existe, según la *jurisprudencia*, sólo en los casos siguientes:

- 1) Decisiones en materia de exámenes (bachillerato, exámenes de Estado para ejercicio de determinadas profesiones, etcétera).  
Véase *BVerwGE* 84, 34 y 59 (exámenes de Estado para juristas y médicos); *BVerwGE* 99, 74; 104, 203 (exámenes de Estado para juristas y médicos); *cfr. infra*, marg. 43.
- 2) Decisiones asimilables a las dictadas en materia de exámenes, en particular en el ámbito escolar.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> *Cfr.* al respecto, sobre todo, *BVerfGE* 84, 34 y 59 (examen estatal de juristas y médicos); además, las decisiones de Sección del *BVerfG* sobre el derecho de exámenes NVwZ, 1992, 55 y NJW, 1993, 917. —La existencia de un margen de apreciación fue rechazada en: *BVerfG* 11, 168, 191 y ss. (permiso para empresa de taxis); *BVerfGE* 15, 275, 282 (multa); *BVerfGE* 61, 82, 111 (autorización de instalación nuclear); *BVerfGE* 64, 261, 279 (concesión de permiso penitenciario); *BVerfGE* 83, 130, 148 (calificación de revistas peligrosas para la juventud); por el contrario, fue afirmada en: *BVerfGE* 39, 334, 354 (rechazo de un aspirante a funcionario por falta de lealtad constitucional); sobre la posibilidad y la licitud, en principio, de un margen de apreciación *BVerfGE* 49, 89, 136; 61, 82, 111; 83, 130, 148; 84, 34, 50; *cfr.* también en sentido afirmativo, si bien con tendencia restrictiva, *BVerfGE* 88, 40, 56 y ss.— JZ, 1993, 784, con comentario de *Pietzcker* (reconocimiento de un interés pedagógico especial para la autorización de una escuela primaria privada).

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, *BVerwGE* 8, 272 (paso al curso inmediatamente superior); *BVerwGE* 75, 275 y (limitadamente) *BVerfGE* 88, 40, 56 y ss. (interés pedagógico especial en la autorización de una escuela primaria privada, en el sentido del artículo 7 V GG); *Bad-*

- 3) Valoraciones sobre funcionarios.<sup>49</sup>
- 4) Decisiones de tipo valorativo adoptadas por comités no sujetos a instrucciones jerárquicas e integrados por expertos y/o representantes de intereses.<sup>50</sup>
- 5) Decisiones basadas en pronosis y evaluaciones de riesgos, principalmente en el ámbito del derecho medioambiental y del derecho económico.<sup>51</sup>
- 6) Decisiones referidas a factores singulares, en especial de tipo político-administrativo, afectados a un concepto jurídico indeterminado.<sup>52</sup>

*WürttVGH ESvGH* 24, 225 y *OVG Lüneburg* OVG 24, 327 (en los dos casos, decisiones relativas a la necesidad de crear una escuela especial).

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, *BVerwGE* 21, 127; 60, 245; 97, 128, 129 (evaluación del servicio de un funcionario por parte de su superior); *BVerwGE*, 61, 176, 185 y ss. (control de la lealtad a la Constitución de un aspirante a funcionario); confirmado por el *BVerfG* DVBl. 1981, p. 1053, así como por el *BAG* (Tribunal Federal de lo Social) NJW, 1981, p. 71 (control de la lealtad a la Constitución en caso de contratación de una maestra en calidad de empleada laboral); *BVerwGE* 92, 147, 149 (aceptación de la relación funcional de por vida); *BVerwGE* 106, 263, 266 y ss. (destitución de un funcionario en prácticas por falta de rendimiento); *BVerwGE* 111, 22, 23 (aptitud de un soldado para un determinado servicio); *BVerwGE* 115, 58, 60 (selección para el servicio de transporte postal).

<sup>50</sup> Véase *BVerwGE* 12, 20 (comité consultivo de personal); *BVerwGE* 59, 213 (control de la aptitud de un arquitecto por un comité de expertos independientes, con arreglo a los §§ 4, 16 de la Ley para el Ejercicio de la Profesión de Arquitecto de Baden-Württemberg); *BVerwGE* 62, 330, 337 y ss. (apreciación de las variedades de trigo por un comité de expertos independientes, con arreglo a la Ley sobre el Comercio de Semillas); *BVerwGE* 72, 195 (admisión a cotización en bolsa por parte de la Junta directiva de la Bolsa); *BVerwGE* 91, 211, 215 y ss. (calificación de una revista como peligrosa para la juventud por parte del organismo federal de control, de acuerdo con los §§ 1, 8 y ss. de la Ley sobre la Difusión de Publicaciones Peligrosas para la Juventud (*GjSM*), tema aún abierto en *BVerfGE* 83, 130, 148), *cfr.*, finalmente, *BVerwGE* 99, 371, 377 y ss. (comisiones para la selección de jueces en los nuevos *Bundesländern*).

<sup>51</sup> *Cfr.* sobre las decisiones basadas en pronosis, por ejemplo, *BVerwGE* 79, 208, 213 y ss. y 82, 295, 299 y ss. (amenaza para el buen funcionamiento del servicio de los taxis y para el interés público circulatorio derivada de nuevas autorizaciones de taxi), y sobre los estudios y evaluaciones de riesgos (*BVerwGE* 72, 300, 316 ss., y 81, 185, 190 y ss. (precaución de los peligros inherentes a la explotación de centrales nucleares según las exigencias del estado de la ciencia y de la técnica, con arreglo al § 7 núm. 3 de la *AtomG*, igualmente en la medida de que tales efectos pueden resultar de la intervención de terceros); *BVerwG* DVBl 1999, pp. 1138 (con relación al § 13 I núm. 4 de la *GenTG*).

<sup>52</sup> *Cfr.* *BVerwGE* 26, 65, 77; 39, 291, 299 (relación de puestos de trabajo que permite la apreciación de “necesidades de servicio justificativas del traslado de un funcionario”); *cfr.* al respecto Schmidt-Aßmann, en: Maunz/Dürig, artículo 19 IV marg. 202.



d) El *margen de apreciación en el derecho de exámenes* fue reconocido tempranamente en la jurisprudencia contencioso-administrativa desde la fundamental sentencia del *BVerwG* del 25 de abril de 1959 (*BVerwGE*, 8, 272), aduciendo para ello que: se trata de valoraciones técnico-científicas y, en el ámbito escolar, también pedagógicas; la situación del examen resulta irrepetible la mayoría de las veces; y el control judicial efectuado *a posteriori* carece de la necesaria comparación con los exámenes realizados por los otros candidatos. Las decisiones relativas a exámenes, por consiguiente, no pueden ser revisadas en cuanto a su contenido, sino que sólo cabe verificar si el examinador: 1) ha cumplido las reglas de procedimiento, 2) ha partido de unos hechos que se corresponden con la realidad, 3) ha observado las pautas de valoración generalmente reconocidas, 4) no se ha dejado guiar por consideraciones ajenas a las circunstancias objetivas del caso. Así, la afirmación de los candidatos según la cual el examinador habría valorado injustamente una respuesta correcta como falsa no ha sido considerada, ni siquiera bajo la perspectiva de los principios generales de valoración. Lo contrario sólo procede cuando la valoración, en punto a su contenido, parezca francamente arbitraria. El *BVerwG*, en cambio, ha declarado en dos decisiones fundamentales del 17 de abril de 1991 (*BVerfGE* 84, 34 y 59) que la jurisprudencia producida hasta entonces en relación con los exámenes referentes a profesiones, es decir los exámenes que tienen relevancia para el acceso a una profesión, no resultan del todo compatibles con los artículos 12 I, 3 I y 19 IV *GG*. El tribunal distingue entre las valoraciones específicas de los exámenes, respecto de las cuales hay que afirmar, tanto ahora como antes, un margen de apreciación (margen de valoración) en el sentido de la jurisprudencia, y unos controles científicos especializados de corrección, respecto de los cuales hay que rechazar la existencia de un margen tal. El control judicial limitado de aquellas valoraciones específicas lo fundamenta el *BVerfG* en la igualdad de oportunidades (artículo 3 I *GG*). A diferencia de los examinadores, que deben dejarse guiar en su valoración por las apreciaciones y experiencias que han desarrollado en el curso de su praxis examinadora, con exámenes comparables, y que aplican con carácter general, el control judicial está limitado a los casos concretos, de modo que el candidato recurrente obtiene la oportunidad de una valoración independiente del marco comparativo. No es muy convincente la exclusiva referencia al artículo 3 *GG*, máxime cuando, por regla general, la jurisdicción contencioso-administrativa se ocupa de casos singulares; pero, unida a las demás singularidades de esta materia relativa a los exámenes, dicha referencia resulta relevante y sólida. Por el contrario, los Tribunales de lo contencioso-administrativo —según el *BverfG*— pueden y deben revisar íntegramente las apreciaciones especializadas, recurriendo para ello a



expertos si fuere necesario. Es por ello que sí habrá que considerar la alegación del candidato según la cual su respuesta a una pregunta del examen era correcta o, al menos, defendible. Una solución defendible, consecuente y razonada con argumentos de peso no puede ser valorada como falsa, aun cuando el examinador la haya calificado como incorrecta. En la práctica resulta claro que esto no comporta grandes cambios, pues, desde hace ya tiempo, los examinadores, al menos en el caso de los exámenes de derecho, centran su atención no en el resultado alcanzado por el candidato, sino en el aspecto de si el candidato ha tratado adecuadamente los problemas planteados y ha desarrollado para ellos una solución convincente en sí misma. Exactamente esto es lo que pretende el *BVerfG*.<sup>53</sup>

En lo que se refiere a *decisiones análogas a las de los exámenes* y a las *apreciaciones relativas a funcionarios*, vale *mutatis mutandi* el mismo criterio, a cuyo efecto hay que tener en cuenta que aquí los controles científicos especializados de corrección apenas pueden ser relevantes.

El margen de apreciación en las *decisiones de los comités independientes de composición plural* se ha justificado aduciendo el carácter *sui generis* de tales decisiones, que descansa precisamente sobre la cooperación de los re-

<sup>53</sup> Las decisiones del *BVerfG* relativas al derecho de exámenes han suscitado numerosas opiniones doctrinales. Especialmente crítico Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, pp. 371 y ss., quien, yendo más allá, también exige y justifica con detenimiento un control judicial del margen de apreciación. Cfr. además Niehues, NJW 1991, 3001 y ss.; *ibidem*, *Schul- und Prüfungsrecht*, 2, 3a. ed., 1994, margs. 399 y ss.; *Theuersbacher*, BayVBl. 1991, 649 y ss.; Redeker, NVwZ 1992, 305 y ss.; Cebas, NVwZ 1992, 609 y ss.; von Mutis/Sperlich, DÖV 1993, 45 y ss. con ulteriores referencias. La jurisprudencia contencioso-administrativa, en el ínterin, se ha adaptado a las decisiones del *BVerfG* y ha realizado ulteriores precisiones, especialmente en lo que se refiere a la motivación de las decisiones sobre exámenes, al procedimiento y al control de los exámenes, cfr. sobre la motivación: *BVerwGE* 91, 262; 92, 132; 99, 185; *BVerwG* DVBl. 1998, p. 971; sobre el procedimiento: *BVerwGE* 92, 132; 94, 64; 98, 210; 99, 208; 106, 369; 107, 363; sobre el control: *BVerwGE* 96, 126; 98, 324; 104, 203; sobre la rectificación y repetición del examen (*BVerwG* NJW 2003, p. 1063; *BVerwG* NVwZ 2002, p. 1375); sobre la prohibición de empeoramiento en caso de nueva valoración: *BVerwG* 109, 211 (cfr. también en este tema Kingreen, DÖV 2003, pp. 1 y ss.) —el contenido de las referidas sentencias se entrecruza parcialmente. Cfr. además *BVerwGE* 95, 237 (habilitación)—; *BVerwGE* 99, 74 (margen de apreciación específico de los exámenes: “impresión general de los resultados”, con arreglo al § 5 d IV *DRiG*); *OVG Münster* NVwZ 1995 (valoración de un trabajo escrito). Con relación a la más temprana jurisprudencia del *BVerwG*: *BVerwGE* 8, 272; 12, 359; 38, 105, 110 y ss., 70, 143; DÖV 1980, p. 380.

Si bien las decisiones del *BVerfG* conciernen a exámenes profesionales que, por consiguiente deben ser considerados a la luz del artículo 12 I *GG*, las mismas deberían resultar en lo esencial válidas para todo tipo de exámenes.

presentantes de diferentes grupos sociales y de las concepciones específicas de cada una de ellos, lo cual excluye un control integral por parte del juez. Esto no deja de resultar problemático, ya que mediante la creación de tales órganos colegiados —en ocasiones, de dudosa legitimidad— podría socavar la garantía de la tutela judicial, lo cual sería tanto más criticable cuanto que estos comités no están sometidos a instrucciones y, por lo tanto, no están sujetos a controles administrativos ni parlamentarios. Por otro lado, es discutible que la presunta competencia técnica, sobre la que descansa la teoría del margen de apreciación, exista efectivamente siempre.<sup>54</sup>

La *teoría de los factores*, finalmente, trata de impedir que las decisiones de política administrativa puedan verse determinadas a través del control judicial ejercido sobre los conceptos jurídicos indeterminados.<sup>55</sup>

#### 4. *Imbricaciones y soluciones*

“Potestad discrecional” y “concepto jurídico indeterminado” conforman, tanto antes como ahora, uno de los más controvertidos campos del derecho administrativo. Las controversias radican no sólo en la calificación de ambas figuras jurídicas, sino también en la distinción misma. Un análisis profundo conduce, más allá del derecho administrativo, a cuestiones de orden constitucional, jurídico-dogmático y de teoría del derecho. Aquí deben ser mencionados algunos de esos puntos de vista referidos al derecho administrativo.

##### *A. Disposiciones que combinan ambos elementos*

Por disposiciones que combinan ambos elementos, o por supuestos de hecho de carácter mixto, se entienden, en este contexto, aquellas normas jurídicas que contienen un concepto jurídico indeterminado en su supuesto

<sup>54</sup> El *BVerfG*, con razón, no ha seguido irrestrictamente esa justificación del margen de apreciación, *cfr.* *BVerfGE* 83, 130, 148. Todavía cabe esperar un ulterior desarrollo. Sobre la problemática de la competencia técnica, *cfr.* *Lutz*, NJW 1988, p. 3195.

<sup>55</sup> e) Los tribunales de otros órdenes jurisdiccionales sostienen idéntica concepción, aunque allí la cuestión del margen tiene menor actualidad, *cfr.* en la jurisdicción civil *BGHZ* 72, 211, 215 (protección de monumento histórico); *BGHZ*, 145, 59, 109 (confianza en la independencia e imparcialidad del notario); en el orden social, *cfr.* la jurisprudencia del *BSozG* favorable al margen de apreciación: *BSozGE* 43, 153, 158 y ss.; 47, 3, 6; *cfr.* también Meyer-Ladwig, *Sozialgerichtsgesetz*, Kommentar, 7a. ed., 2002, § 54 marg. 27c. En lo que atañe al *BFinH*, *cfr.* *BFinHE*, 81, 572; 122, 28, 29 y ss.

de hecho y una habilitación para decidir discrecionalmente en el plano de las consecuencias jurídicas. Hay, efectivamente, un gran número de tales normas, que no presentan en sí mismas particularidad alguna, puesto que ambos aspectos deben ser juzgados según sus propias reglas.<sup>56</sup>

Es posible, sin embargo, que uno de los elementos pueda producir ciertos efectos sobre el otro.

a) Se produce una *desaparición de la discrecionalidad* cuando ya en la aplicación del concepto jurídico indeterminado hay que tener en cuenta todos los puntos de vista determinantes para el ejercicio de la potestad discrecional. Para la discrecionalidad no queda entonces “nada más”. La consecuencia es que, afirmada la existencia del presupuesto de hecho de la correspondiente norma, hay que adoptar la decisión admisible; la disposición potestativa constituye, en realidad, una disposición preceptiva.<sup>57</sup>

b) Por otra parte, se considera que, en ciertas normas jurídicas, el concepto jurídico indeterminado que aparece en el supuesto de hecho debe ser imputado, en realidad, a la discrecionalidad, porque aquél determina esta

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, en *BVerwGE* 46, 175, 176 y ss., se afirma brevemente: “La existencia de una necesidad de servicio para un traslado es, en tanto que concepto jurídico indeterminado, plenamente susceptible de control por los tribunales, pero la subsiguiente decisión discrecional sólo puede ser controlada desde el punto de vista de los vicios que afectan el ejercicio de las potestades discrecionales”.

Existe también un tipo de disposición combinada cuando el órgano administrativo debe respetar conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de su discrecionalidad obligado a respetar conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de su discrecionalidad. Ejemplo: El órgano competente dispone de discrecionalidad para la selección y nombramiento de candidatos a la función pública, pero aquél debe orientarse por la aptitud, la capacidad y el rendimiento especializado del aspirante (artículo 33 II *GG*) —conceptos jurídicos indeterminados que confieren al órgano administrativo un margen de apreciación susceptible de control limitado—; *cfr. BVerwG*, DVBl. 1982, p. 198.

<sup>57</sup> Esto vale, según *BVerwGE* 18, 247, 250, para el § 35 II BBauG (ahora § 35 II BauGB), que reza: “Los restantes proyectos (es decir, los proyectos de construcción en suelo no urbanizable) pueden ser autorizados en casos concretos, si su ejecución no comporta un perjuicio al interés público”. Cuando se constate —declara el *BVerwG*— que ningún interés público se opone a los proyectos de construcción (supuesto de hecho), no es entonces concebible que existan ulteriores consideraciones a tener en cuenta en el ejercicio de la discrecionalidad que, pese a todo, todavía pudieran justificar una denegación de la autorización (en esta interpretación, no obstante, también juega un papel determinante el artículo 14 I *GG* relativo a la garantía del derecho de propiedad). *Cfr. adicionalmente BVerwGE* 15, 207, 211 [sobre la noción de “razón importante”, prevista en el § 3 de la Ley sobre Cambios de Nombre (*Namenänderungsgesetz*)].

última en su extensión y contenido. El concepto jurídico indeterminado es, por así decirlo, “absorbido” por la discrecionalidad.<sup>58</sup>

### ***B. Carácter intercambiable de los conceptos jurídicos indeterminados y del otorgamiento de discrecionalidad***

En algunos casos, el objetivo perseguido por el legislador mediante la correspondiente regulación puede ser logrado bien desde el plano del supuesto de hecho (a través de un concepto jurídico indeterminado) o bien desde el plano de la consecuencia jurídica (a través del otorgamiento de discrecionalidad).<sup>59</sup>

### ***C. Tendencias contrapuestas sobre el otorgamiento de discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado***

La distinción entre el concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad (en el plano de la consecuencia jurídica) no sólo es negada por la teoría que sostiene un concepto de discrecionalidad que comprende e incluye a ambas nociones, sino que también resulta relativizada por el hecho de que, aunque se mantenga tal distinción, las correspondientes consecuencias se aproximan.

<sup>58</sup> En este sentido, la Sala Plenaria de los Tribunales Superiores de la Federación —*Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*— (*BVerwGE* 39, 355, 363 y ss.), en relación con el § 131 I de la Ley General Tributaria (*AO*) de 1919, que determinaba que “en el caso concreto, las deudas tributarias podrán... ser condonadas, cuando su exacción fuera, con arreglo a las circunstancias del caso particular, contraria a la equidad”. El concepto de “contraria a la equidad” no constituye, según la Sala Plenaria, un elemento que defina el supuesto de hecho de la norma legal, sino que determina la potestad discrecional. Esta decisión (difícilmente sostenible en el plano dogmático) se basa expresamente en las características particulares —principalmente históricas— del § 131 de la *AO* de 1919 y, por esta razón, no debería ser generalizada; *cfr.*, distanciándose, *BVerwGE* 40, 353, 356; 45, 162, 164 y ss.; 56, 71, 75; *BSozGE* 43, 153, 159; por el contrario, adhiriéndose, *BSozGE* 34, 269, 270 y ss. Como sea, la idea según el cual el ejercicio de la potestad discrecional resulta dirigido y determinado por ciertos puntos de vista conductores, tiene una cierta justificación, *cfr.* en este sentido *BVerwGE* 72, 1, 5 (“decisión discrecional homogénea”).

<sup>59</sup> Ejemplo: El legislador proyecta someter a autorización las actividades paralelas de los funcionarios con el fin de impedir que el “interés del servicio” pueda verse lesionado. Aquí son concebibles las dos siguientes regulaciones: 1) la autorización sólo puede ser rechazada cuando a la misma se opongan dichos intereses (concepto jurídico indeterminado “intereses del servicio”, consecuencia jurídica automática), y 2) la autorización para ejercer la actividad paralela puede ser denegada (otorgamiento de discrecionalidad, que si se ejerce correctamente sólo permite denegar la autorización cuando así lo exijan los intereses del servicio), *cfr.* al respecto *BVerwGE* 29, 304, 306 y ss.; *Bachof*, JZ 1972, p. 643.

a) La *teoría del margen de apreciación* califica acertadamente los elementos “ambiguos” del supuesto de hecho de una norma como conceptos jurídicos. Pero la misma se acerca a la vieja teoría de la discrecionalidad, por cuanto, en presencia de un concepto jurídico indeterminado, reconoce al órgano administrativo un margen de decisión que, desde el punto de vista estructural, corresponde ampliamente con un margen de discrecionalidad.

b) La *teoría de discrecionalidad* ha sido crecientemente juridificada por una parte de la doctrina. Partiendo de la idea de que el ejercicio de la discrecionalidad debe orientarse hacia el fin perseguido por la ley, se considera que, en el caso concreto —una vez analizada la ley y concretada en atención a las circunstancias particulares concurrentes— siempre puede existir sólo una decisión conforme a dicho fin. Así las cosas, el órgano administrativo sólo ejerce su discrecionalidad correctamente y, por lo tanto, de conformidad con el derecho cuando ha adoptado la decisión acorde con la finalidad legalmente fijada. La consecuencia es que toda decisión discrecional puede ser plenamente controlada por los tribunales.<sup>60</sup>

Esta concepción resulta atractiva, pero no tiene en cuenta que puede haber varias soluciones igualmente válidas desde el punto de vista jurídico y, además, no se ajusta a las particularidades del “ejercicio general de la discrecionalidad”.

#### **D. Toma de postura**

a) Pese a las antiguas y nuevas opiniones en contrario, hay que mantenerse en la distinción entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad. Aunque existen ciertos elementos comunes, se trata de fenómenos fáctica y jurídicamente distintos, que pueden y deben ser clasificados y analizados jurídico-dogmáticamente con arreglo a sus propias características. Esto lo reconoce igualmente, al menos como punto de partida, la teoría de la discrecionalidad homogénea, pues también ella distingue entre la discrecionalidad en el supuesto de hecho y la discrecionalidad en las consecuencias jurídicas, es decir, entre la discrecionalidad cognitiva y la volitiva; sin embargo, esta teoría resulta incongruente, porque no deduce de la distinción

<sup>60</sup> En este sentido, principalmente, Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, pp. 177 y ss.; NJW 1969, pp. 1273 y ss.; adicionalmente, entre otros, Lohmann, *Die Zweckmässigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, 1972, especialmente, pp. 41 y ss.; Soell, *Das Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973, pp. 116 y ss.; 368 y ss. En sentido contrario, sobre todo, Ossenbühl, DÖV 1968, p. 618 y ss.; DÖV 1970, p. 84 y ss.

consecuencia jurídica alguna. La circunstancia de que en ambos lados sea necesario efectuar valoraciones jurídicamente relevantes no justifica, sin embargo, juzgarlas con arreglo a los mismos criterios, máxime cuando en el derecho las valoraciones son por lo general necesarias, tanto en el campo de la producción de normas como en el de su aplicación.

b) Se ha destacado acertadamente que, en este tema del margen de apreciación y de la discrecionalidad, de lo que se trata es de la *delimitación de las competencias* de la *administración* y de la *jurisdicción contencioso-administrativa*. Se trata, por ende, de sus respectivos ámbitos competenciales y funcionales, aunque éste no sea el único punto orientativo. La Ley Fundamental ofrece para esta cuestión una respuesta de principio clara. La administración constituye —junto al Poder Legislativo y al Poder Judicial— un poder estatal autónomo (artículo 20 II GG), si bien se encuentra sometida no sólo a la ley y al derecho (artículo 20 III GG), sino también, en la medida en que resulten afectados derechos de los ciudadanos, al control jurídico de los tribunales (artículo 19 IV GG). Los intentos cada vez más frecuentes tendentes a relativizar o relajar la garantía de la tutela judicial prevista en el artículo 19 IV GG son incompatibles con el claro tenor literal de este precepto y con su inequívoca intención de fundamentar una tutela judicial amplia, completa y efectiva. Es, naturalmente, correcta la observación de que el artículo 19 IV GG no debe “convertirse en un absoluto”, la responsabilidad de la administración no “debe ser desgoznada mediante una interpretación unilateral del artículo 19 IV GG” (en este sentido, *Starck, op. cit.*, pp. 172, 174). Pero si con ello se persigue una restricción del artículo 19 IV, entonces hay que manifestarse en contra. La referencia al contexto y a las exigencias de ponderar los intereses en juego no conduce a otra conclusión cuando —como es el caso del artículo 19 IV GG— existe una inequívoca regulación constitucional (*cfr.* también sobre el tema Maurer, *Staatsrecht*, § 8 marg. 33).<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Si la garantía de la tutela judicial (ya) no se adecua a los tiempos o a las circunstancias, entonces es asunto del constituyente legitimado democráticamente restringirla. Es inadmisibles anticipársele mediante una interpretación restrictiva. Por lo demás, debe llevarse cuidado con las limitaciones precipitadas del artículo 19 IV GG. La tutela judicial es una conquista del Estado de derecho que ya se postulaba en el siglo XVIII, que se ganó luchando de manera esforzada y gradual a lo largo del siglo XIX y, que, finalmente —tras la terrible regresión del régimen nacionalsocialista— se logró plenamente con el artículo 19 IV GG. Esta evolución no debería invertirse a la ligera, ni siquiera parcialmente. *Cfr.* sobre el tema, acertadamente, Bachof, *Festschrift für Dürig*, 1990, pp. 319 y 339 y ss.).

c) De la atribución a los tribunales del control de legalidad resulta que éste debe ser producirse con arreglo a las pautas propias de la jurisdicción. La jurisdicción es aplicación del derecho; comprende la averiguación de los hechos, la interpretación de las regulaciones legales y, en caso necesario, la complementación de las mismas, así como la subsunción en el caso concreto (*cfr.* lo ya expuesto *supra*, marg. 3). Esto resulta válido también allí donde el legislador emplea cláusulas generales o elementos del supuesto de hecho considerados en abstracto. En el ámbito de las jurisdicciones civil y penal esto es también así sin discusión alguna. Así, por ejemplo, nadie tendría la idea de imponer a los tribunales civiles límites sobre la interpretación o aplicación del artículo 242 del Código Civil (*BGB*) —que, indudablemente, contiene una amplia cláusula general—. El hecho de que los tribunales de lo contencioso-administrativo revisan *a posteriori*, los actos jurídicos de la administración (*cfr. supra*, marg. 5) no justifica, sin embargo, que su actividad jurisdiccional deba ser específica y distinta de la llevada a cabo por los órganos de las restantes jurisdicciones. Semejante disociación de la función judicial resultaría equivocada no sólo desde los puntos de vista histórico y dogmático, sino también desde la perspectiva constitucional.

d) La exclusión o limitación del control jurisdiccional ante la presencia de conceptos jurídicos indeterminados resulta particularmente problemática, porque precisamente aquí —como consecuencia de la indeterminación de los mismos— resulta especialmente necesario un control judicial, de manera específica cuando se trata de limitaciones sobre derechos fundamentales (*cfr.* en este caso *BVerwGE* 45, pp. 309 y 324; *BVerfGE* 49, pp. 168, 181 y ss.; 83, pp. 130 y 148).

e) A todo esto se añade que el poder judicial tiene no sólo la función de decidir casos concretos, sino también la de concretar y desarrollar ulteriormente el derecho —a la luz de la decisión dictada en cada caso particular—. Esta función reviste una singular importancia precisamente en relación con los conceptos jurídicos indeterminados. No hay más que recordar la cláusula general de policía, que ha sido concretada y precisada por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo, convirtiéndose de esta manera en un corsé protector del Estado de derecho.

f) La difundida tesis según la cual la densidad del control jurisdiccional actualmente ejercido sobre de la actividad administrativa es demasiado constringente e impone una carga excesiva sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no ha sido, hasta la fecha, objeto de una demostración empírica suficiente. Los problemas prácticos que se plantean actualmente a la justicia administrativa se sitúan preferentemente en otros ámbitos (*cfr.* también *Bachof*,



Festschrift für Dürig, pp. 319 y ss., con ulteriores referencias). Debe notarse, además, que el control efectuado por la Jurisdicción contencioso-administrativa se limita a *cuestiones de derecho* y que sólo cabe en la medida en que se trate de la vulneración de *derechos subjetivos* del ciudadano. De ningún modo puede decirse, pues, que la administración quede cubierta por una red de controles jurisdiccionales contencioso-administrativos. Es claro que la solución de las cuestiones jurídicas exige una y otra vez el esclarecimiento de cuestiones fácticas. La administración tendrá aquí la primera palabra, puesto que ella posee, o cuando menos puede procurarse fácilmente, los conocimientos técnicos específicos de su correspondiente ámbito de actuación. Pero de ello no deben extraerse conclusiones prematuras contrarias al control judicial. Los tribunales tienen únicamente que reconstruir las apreciaciones de hecho de los órganos administrativos. Si subsisten dudas, éstas pueden ser despejadas mediante el recurso a los peritos. Esto ocurre, por lo demás, también en el ámbito de la actuación administrativa en una medida nada despreciable. Así, por ejemplo, cuando un *Landrat*, firma una controvertida autorización industrial y asume con ello la responsabilidad de la misma, se apoyará para decidir, en lo relativo a cuestiones técnicas, en el juicio de sus servicios técnicos o, incluso, de expertos ajenos a la administración.

g) *En resumen*, cabe afirmar que los conceptos jurídicos indeterminados, en principio, pueden y deben ser completamente revisados por los tribunales. Las excepciones sólo admisibles allí donde, por razón de la especial situación en la que se adopta la decisión o de la singular materia, la revisión judicial no es posible o no lo es en toda su extensión. Las excepciones desarrolladas por la jurisprudencia resultan, en estas condiciones, defendibles. Una mera habilitación legislativa dirigida a las autoridades administrativas para efectuar una apreciación con carácter definitivo no resulta suficiente, puesto que el artículo 19 IV GG no contempla la posibilidad de limitar la tutela judicial mediante ley. Una habilitación de este tipo sólo resulta constitucional, y como tal susceptible de ser tomada en cuenta, cuando obedezca a un supuesto de hecho excepcional y lo regule. Además, sólo cabe considerar un margen de apreciación —o una habilitación para efectuar una apreciación, visto desde la perspectiva de la teoría normativa de la habilitación— cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados al caso concreto (*subsunción*). La extensión del margen a la interpretación abstracta de los conceptos jurídicos indeterminados debe ser, por el contrario, rechazada; la misma conduciría a la descomposición del derecho y a la inseguri-

dad jurídica, circunstancias que corresponde a los tribunales, precisamente como una de sus tareas fundamentales, superar o impedir.<sup>62</sup>

### ***E. La llamada discrecionalidad de planificación***

Las consideraciones hechas hasta ahora valen sólo de manera limitada para la llamada discrecionalidad de planificación, por ejemplo en el caso de la emanación de los planes directores previstos en el § 1 *BauGB*, o en la aprobación de planes referidos al territorio contemplados en las leyes sectoriales (por ejemplo, en el § 17 *FStrG* para las carreteras federales o § 8 *LuftVG* para los aeródromos, *cfr. infra*, § 16 margs. 4 y ss.). Ya la expresión, cada vez más usada, de “libertad de configuración planificadora” muestra la singularidad de ese tipo de decisiones. Éstas descansan predominantemente no sobre normas jurídicas condicionalmente formuladas, sino sobre leyes de planeamiento finalmente programadas, en las que se establecen determinaciones objetivos y principios a ponderar. La distinción entre concepto jurídico indeterminado y otorgamiento de discrecionalidad pierde, por razón del carácter específico de estas disposiciones, su sentido propio. La administración ha de actuar autónomamente en el marco del encargo que le ha sido legalmente encomendado, si bien debe respetar aquí las vinculaciones y los límites legales —en especial el mandato de ponderación—, cuya observancia puede ser revisada por los tribunales. La concepción según la cual entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad de planificación existe una distinción cualitativa o cuando menos de grado ha sido, sin embargo, crecientemente cuestionada o incluso impugnada en la doctrina. Algunos puntos de vista especiales valen también para la “discrecionalidad” en la emanación de normas jurídico-administrativas (ordenanzas y eglamentos).<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Ejemplo: La cuestión relativa a cómo hay que interpretar, con carácter general, el concepto jurídico indeterminado “honorabilidad”, en el sentido del § 4 I núm. 1 *GastG* (Ley de Establecimientos de Restauración), debe ser aclarada por la jurisprudencia. A la administración, por lo tanto, sólo se le puede otorgar, eventualmente, un margen de apreciación para decidir si en el caso concreto el solicitante posee o no la honorabilidad requerida por aquella disposición legal.

<sup>63</sup> *Cfr.* Sobre la libertad de configuración planificadora y sus límites susceptibles de control judicial, en relación con el planeamiento urbanístico: *BVerwGE* 34, 301; 45, 309; 90, 329; en relación con la planificación sectorial: *BVerwGE* 48, 56; 52, 237; 71, 166; 72, 282; 84, 123; 98, 339; 100, 370; 104, 144 (carreteras federales); *BVerwGE* 55, 220; 72, 15; 85, 155 (planificación hidrológica: lago dragado); *BVerwGE* 56, 110; 75, 214; 87, 332 (planifi-

cación aeroportuaria: construcción de los aeropuertos de Franckfort y Munich II); *BVerwGE* 59, 253; 104, 123 (planificación ferroviaria: *Bundesbahn*); *BVerwGE* 90, 42; 90, 96; 97, 143 (planificación sobre residuos); *Bad-Württ VGH* ESVGH 31, 196 (carretera del *Land*); además, sobre la delimitación y el significado de la discrecionalidad para actuar, la discrecionalidad de planificación y el margen de apreciación *BVerwGE* 62, 86; 72, 38 (planificación sobre necesidades hospitalarias); *Hope/Schlarmann/Buchner*, Rechtsschutz bei der Planung von Strassen und anderen Verkehrsanlagen, 3a. ed., 2001, pp. 74 y ss.; Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 41 margs. 4 y ss.; Sachs, StBS § 40 margs. 102 y ss.; Koch, DVBl. 1989, pp. 309 y ss.; Erbguth, DVBl. 1992, pp. 398 y ss.; Dürr, VBIBW, 1992, pp. 322 y ss.; Hoppe, DVBl. 1994, pp. 1033 y ss.; cada uno de ellos con ulteriores referencias. Sobre la “discrecionalidad normativa”, Badura, *Gedächtnisschrift für W. Martens*, 1987, pp. 25 y ss.; Herdegen, AöR vol. 114, 1989, pp. 607 y ss.; Schmidt-Abmann, contribución a la 58a. DJT, 1990, pp. 16 y ss.; *BVerwGE* 70, 318, 328 y ss. y *BVerfGE* 85, 36, 53 y ss. (Reglamento sobre *numerus clausus* en el ámbito universitario).

Bibliografía sobre el § 7: cfr. las referencias sobre la justificación del margen de apreciación ofrecidas *supra*, marg. 31; adicionalmente, Jesch, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, AöR vol. 82, 1957, pp. 163 y ss.; Ehmke, “Ermessen“ und “unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, 1960; Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1960, 2a. ed., 1991, pp. 177 y ss.; Czermak, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, JuS, 1968, 399 y ss.; Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV, 1968, pp. 618 y ss.; Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 595 y ss.; Lohmann, *Die Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, 1972; Soell, *Ermessen der Eingriffsverwaltung*, 1973; Scholz/Schmidt-Abmann, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Referate mit Diskussion*, VVDStRL, 34, 1976, pp. 145 y ss.; Koch, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, 1979; Tettinger, *Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1980, especialmente pp. 67 y ss., 349 y ss.; Vallender, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen*, *Mélanges André Grisel*, 1983, pp. 819 y ss.; Rhinow, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken*, recht (Schweiz. Zeitschrift), 1983, pp. 41 y ss., 83 y ss.; Badura, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes*, *Festschrift für Bachof*, 1984, pp. 169 y ss.; Erichsen, *Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, DVBl. 1985, pp. 22 y ss.; Schmidt-Eichstaedt, *Der Konkretisierungsauftrag der Verwaltung*, DVBl. 1985, pp. 645 y ss.; Hill, *Verfahrensermessen der Verwaltung*, NVwZ, 1985, pp. 449 y ss.; Bullinger (ed.), *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, 1986 (informes de Derecho comparado de los Länder e informe general conjunto de Starck); Brohm, *Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBl. 1986, pp. 321 y ss.; Alexy, *Ermessensfehler*, JZ, 1986, pp. 701 y ss.; Hill, *Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns*, DÖV, 1987, pp. 885 y ss.; Franßen, *(Un-)Bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff*, *Festschrift für W. Zeidler*, 1987, pp. 429 y ss.; H. H. Rupp, “Ermessen“, “unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende, *Festschrift für W. Zeidler*, 1987, pp. 455 y ss.; Starck, *Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle*, *Festschrift für Sandler*, 1991, pp. 167 y ss.; Wahl, *Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte—Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, NVwZ,

1991, pp. 409 y ss.; Frowein (ed.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993 (estudio de derecho comparado); Ossenbühl, *Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, Festschrift für Redeker, 1993, pp. 55 y ss.; Di Fabio, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994; Sessler, *Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsgerichtliche Kontrolle*, DVBl, 1994, pp. 1089 y ss.; Brohm, *Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich*, JZ, 1995, pp. 369 y ss.; Di Fabio, *Die Ermessensreduzierung*, VerwArch, 86, 1995, pp. 214 y ss.; Hain/Schlette/Schmitz, *Ermessen und Ermessensreduktion — ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs— und Verwaltungsrecht*, AöR 122, 1997, pp. 32 y ss.; Sieckmann, *Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenz*, DVBl, 1997, pp. 101 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsrechtliche Vorgaben und Perspektiven*, DVBl, 1997, pp. 281 y ss.; Brinktrine, *Verwaltungsermessen in Deutschland und England*, 1998; Smeddinek, *Der unbestimmte Rechtsbegriff—strikte Bindung oder Tatbestandsermessen*, DÖV, 1998, pp. 370 y ss.; Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen*, 1999; Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, 2001; Berg, *Die Verwaltung und ihre Richter—Bindungswirkungen von Verwaltungsentscheidungen im Prozeß*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 529 y ss.; Bullinger, *Flexibilität moderner Verwaltung und Gerichtsschutz des Bürgers*, *ibidem*, pp. 565 y ss.; Ramsauer, *Rechtsschutz durch nachvollziehende Kontrolle*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 699 y ss.; Rode, § 40 VwVfG und die deutsche Ermessenslehre, 2003; J. Hoffmann, *Neues zum Beurteilungsspielraum im KJHG-SGB VIII*, ZfJ, 2003, pp. 41 y ss.; Schmieder, *Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht*, 2004.

Jurisprudencia sobre el § 7. Sobre la discrecionalidad: *BVerwGE* 31, 212 (vinculación de la discrecionalidad); *BVerwGE* 42, 133 (apreciación de carácter discrecional relativa a la expulsión de un extranjero); *BVerwGE* 39, p. 235 (derecho a obtener una decisión discrecional no viciada relativa al acceso a un servicio o establecimiento público); *BVerwGE* 56, 254 (licitud constitucional de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad; interpretación; consideraciones discrecionales); *BVerwGE* 62, 86 (admisión en el plan de necesidades hospitalarias: discrecionalidad para actuar, margen de apreciación y discrecionalidad de planificación); *BVerwGE* 64, 186 (reducción del deber general de urbanización de los municipios al deber de adoptar determinadas medidas de urbanización); *BVerwGE* 71, 228 (discrecionalidad en derecho de extranjería, reunificación familiar con la segunda esposa); *BVerwGE* 72, 1 (discrecionalidad “uniforme” e “intencionada”); *BVerwGE* 75, 86 (naturalización: ponderación discrecional, exigencia de tomar en cuenta el interés general, fidelidad a la Constitución); *BVerwGE* 81, 185 (margen de apreciación en el derecho nuclear); *BVerwGE* 95, 15 (consideraciones discrecionales en el caso de reconocimiento previsto en el § 8a IV, num. 7, StVZO); *BVerwGE* 102, 282 (discrecionalidad en la elección conforme al § 4 I 2, UIG); *BVerwGE* 104, 154 (ponderación de la discrecionalidad para el otorgamiento de una autorización de excepción); *BVerwGE* 108, 1, 17 y ss. (¿discrecionalidad en el caso de acciones de restitución?); *BVerwGE* 116, 332 (discrecionalidad en caso de reclamación de intereses de acuerdo con el § 49a IV VwVfG).

Sobre el concepto jurídico indeterminado y el margen de apreciación, *cfr.* las referencias en los marg. 35 y 36; sobre la denominada discrecionalidad de planificación, las referencias en marg. 63.

### § III. EL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA<sup>64\*\*\*</sup>

#### 1. *El derecho público subjetivo*

Hasta ahora se ha tratado la vinculación de la administración al derecho. Es preciso, llegados a este punto, analizar la cuestión sobre si y en qué medida, *el ciudadano puede exigir* que la administración cumpla dichas vinculaciones jurídicas, es decir, si, y en qué medida el ciudadano tiene derechos subjetivos (pretensiones) frente a la administración.

#### A. *El concepto de derecho público subjetivo*

El derecho subjetivo es una institución jurídica propia de la teoría general del derecho. Bajo este término debe entenderse el poder jurídico reconocido a un sujeto por una norma jurídica, en virtud del cual dicho sujeto puede exigir de otra persona, a los efectos de la satisfacción de sus intereses propios, una acción de hacer, no hacer o soportar. En este sentido, los derechos subjetivos pueden tener tanto un fundamento jurídico-privado como jurídico-público, siendo estos últimos los estudiados aquí. *Un derecho público subjetivo es, por tanto —desde el punto de vista del ciudadano—, el poder jurídico concedido por fuerza del derecho público a un individuo para poder exigir del Estado, a los efectos de la satisfacción de los propios intereses, un determinado comportamiento.*<sup>65</sup>

Es preciso diferenciar de forma rigurosa los conceptos de derecho *objetivo* y *derecho subjetivo*. El derecho objetivo es la suma de disposiciones jurídicas, constituyendo el fundamento de obligaciones jurídicas y, eventualmente, de los correspondientes derechos subjetivos.<sup>66</sup>

<sup>64\*\*\*</sup> El § 8 ha sido traducido por Marc Tarrés Vives, profesor lector de derecho administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya.

<sup>65</sup> Sin duda, existen derechos subjetivos no solamente en la relación ciudadano-Estado, sino también en la relación Estado-ciudadano, así como en la relación entre personas jurídicas de derecho público. El Estado tiene, por ejemplo, el “derecho” de imponer al ciudadano, bajo determinados requisitos legalmente previstos, limitaciones urbanísticas, obligaciones tributarias, etcétera; *cfr. Bauer*, DVBl, 1986, pp. 208 y ss. En estas páginas vamos a centrarnos exclusivamente en la dirección ciudadano-Estado.

<sup>66</sup> Ejemplo extraído del derecho privado: El § 433 *BGB* (norma relativa al contrato de compraventa) es una disposición jurídica de carácter objetivo; obliga al vendedor a la en-

### **B. El significado del derecho subjetivo**

Sería posible cuestionar, en primer lugar, si al concepto de derecho público subjetivo debe otorgársele algún valor propio, puesto que la administración ya está obligada, en virtud de su vinculación al derecho, a observar y aplicar las leyes, de manera que el derecho subjetivo no supondría para el ciudadano nada más ni nada nuevo respecto de lo que ya le está garantizado desde un punto de vista del derecho objetivo. No obstante, un análisis más detallado al respecto muestra que el derecho subjetivo impregna de un modo decisivo las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. El derecho subjetivo pone de relieve el valor de la dignidad humana y de los derechos de la personalidad del ser humano, constitucionalmente garantizados (artículos 1 I y 2 I GG). Reconoce al individuo como sujeto de derecho y le otorga, con ello, la posibilidad de actuar autónomamente frente al Estado, así como de exigirle el cumplimiento de aquellas normas que le conciernen. Sin derechos propios, el individuo quedaría reducido a la mera condición de súbdito, de simple objeto —y no sujeto— de la actuación estatal. La garantía de derechos subjetivos es, por tanto, una de las condiciones esenciales para la existencia de una forma de Estado liberal, democrático y social de derecho. Por este motivo, tras la promulgación de la Ley Fundamental, la figura del derecho subjetivo ha sido objeto de una amplia revalorización, encontrando en los derechos fundamentales, precisamente, una de sus manifestaciones más particulares.<sup>67</sup>

La significación *práctica* del derecho público subjetivo radica en la posibilidad de su *exigibilidad ante los tribunales*. Según el artículo 19 IV GG, queda abierta la vía jurisdiccional a todo aquel que se haya visto lesionado en sus derechos subjetivos por los poderes públicos. Por tanto, el ciudadano

trega de la cosa y a la transmisión de la propiedad (obligación jurídica) y da derecho al comprador a exigir correlativamente la entrega de la cosa y la transmisión de la propiedad (correspondiente derecho subjetivo).

<sup>67</sup> Cfr. sobre ello el trascendental fallo BVerwGE 1, 159, en el cual —bajo una clara alusión a los principios constitucionales del Estado social y democrático de derecho— se señalaba como “idea directriz” de la GG la posición subjetiva del individuo. Dicha decisión versaba sobre una prestación de tipo asistencial. El BVerwG rechazó la que por entonces era la doctrina mayoritaria, según la cual las normas asistenciales aplicables *sólo* obligaban a la administración a la prestación, para afirmar, por el contrario y al amparo de la GG, un *verdadero derecho* del solicitante a la prestación asistencial.



puede invocar la violación de “derechos subjetivos”, pero sólo reclamarla ante los tribunales.<sup>68</sup>

Mientras que en el procedimiento administrativo los órganos de la administración ostentan un papel dominante, pudiendo tomar decisiones unilaterales, en los procesos judiciales dichos órganos se hallan en una posición de sustancial igualdad respecto de los ciudadanos, unos y otros en calidad de participantes en el proceso. El hecho de que tanto los órganos administrativos como los ciudadanos se encuentren en posición de paridad ante los tribunales, debiendo, en el seno del proceso, defender cada uno sus respectivas posiciones jurídicas, constituye uno de los elementos característicos del derecho público subjetivo.

### *C. Presupuestos del derecho público subjetivo*

Prepuesto jurídico-lógico de todo derecho subjetivo es la obligación jurídica que corresponde a otra persona, obligación que, por su parte, se basa en una disposición jurídica objetiva. Incluso en los casos en los que, desde un punto de vista de técnica legislativa, se formule únicamente un derecho subjetivo, subyace siempre una obligación jurídica de este tipo; ésta fundamenta, al mismo tiempo, el propio derecho subjetivo, que de otro modo quedaría reducido a nada. No hay, por lo tanto, ningún derecho subjetivo sin

<sup>68</sup> El artículo 19 IV GG se concreta y realiza a través de la *VwGO*. Una acción dirigida contra un comportamiento (pretensión) contrario a derecho de la administración es, según el § 42 II *VwGO*, admisible únicamente si el demandante *puede invocar* que se ha visto lesionado en sus derechos, esto es, que la vulneración de sus derechos aparenta ser, cuando menos, posible (*BVerwGE* 95, 333, 335); dicha acción estará fundada, según § 113 *VwGO*, únicamente si los derechos del demandante *han sido efectivamente* vulnerados. Si bien los §§ 42, 113 *VwGO* sólo son aplicables de forma inmediata para las pretensiones de impugnación y obligacional en relación con actos administrativos, lo cierto es que también deben considerarse correlativamente aplicables para las pretensiones generales de condena. El § 42 II *VwGO* excluye, según la doctrina mayoritaria, la denominada acción popular; al mismo tiempo, sin embargo, este precepto deja claro que una acción no puede fundarse tan sólo en la mera afectación de intereses económicos, políticos, éticos o similares, sino que debe tratarse de una afectación de intereses que estén *jurídicamente* protegidos y, con ello, elevados a la condición de *derechos subjetivos*. Lo mismo vale para el resto de jurisdicciones (*FGO*, *SGG*, etcétera). Obviamente, el legislador puede ampliar la capacidad para interponer una pretensión más allá de la propia afectación jurídica (§ 42 II *VwGO*), así lo hace, de hecho, en numerosas ocasiones (por ejemplo, en el caso de asociaciones para la protección de la naturaleza, reconocidas según § 61 *BNatSchG*, y para las cámaras de comercio del § 8 IV *HandwO*).



la correspondiente obligación jurídica previa, mientras que, por el contrario, es perfectamente concebible la existencia de una obligación jurídica sin el correlativo derecho subjetivo. Es en este punto cuando es preciso plantearse, dada la existencia previa de una obligación jurídica objetiva, bajo qué presupuestos se dará el correspondiente derecho subjetivo.

En el ámbito del *derecho privado* la norma general es que a la obligación jurídica de una persona le corresponda, oponiéndosele, la pretensión jurídica de otra. Ello se desprende de la misma función del derecho privado, el cual tiene que conciliar y delimitar los intereses de los ciudadanos. Las obligaciones y limitaciones que se establecen para un individuo existen en interés de otro; en este sentido, pues, no puede sino afirmarse la plena consonancia con la afirmación anterior del hecho de que al ciudadano se le otorgue la posibilidad de hacer valer, como derechos subjetivos, sus intereses reconocidos y protegidos jurídicamente.

En el *derecho público*, por el contrario, las cosas son más complicadas. La administración persigue el interés público (*cf.* § 1, marg. 10); en este sentido, el derecho administrativo regula una administración orientada a los intereses públicos. Por eso con frecuencia —aunque no siempre— nos hallamos ante una cuestión de delimitación de intereses públicos y privados, cuestión a la que se encuentra vinculada la doctrina del derecho público subjetivo. Según la dominante teoría de las normas de protección puede hablarse de la existencia de un derecho subjetivo cuando una norma jurídica imperativa (y, con ello, también, la obligación jurídica que para la administración se desprende de aquél) no sólo sirve al interés público sino que —por lo menos también— sirve al interés del ciudadano individual. Determinante es, en este sentido, la protección de intereses que a tal efecto venga determinada legalmente. El simple supuesto de hecho en virtud del cual una norma jurídica suponga para el ciudadano algún provecho o beneficio no es suficiente para servir de fundamento a un derecho subjetivo, pues procura únicamente un reflejo jurídico favorable. Un derecho subjetivo nace sólo si la ventaja o provecho favorable al ciudadano ha sido querida y buscada legalmente.

Por lo tanto, para admitir la *existencia de un derecho subjetivo* es necesario plantearse siempre, con carácter previo, las *dos cuestiones* siguientes:

- a) ¿Hay una norma jurídica que obligue a la administración a un determinado comportamiento (deber jurídico de la administración)?
- b) ¿Debe la norma jurídica —por lo menos también— servir a la protección de intereses de ciudadanos (intereses individuales)?

*Esta orientación hacia el interés* se desprende, en opinión de la doctrina mayoritaria, de la norma jurídica aplicable en cada caso. Simplemente existe si la finalidad de protección individual se desprende por sí sola del tenor literal de la ley, como por ejemplo en el § 17 I *SGB XII*, según el cual hay un “derecho a reclamar una ayuda social” siempre que la administración esté obligada a otorgar la correspondiente prestación, o en el § 5 VII y VIII *Bad-Württ LBO*, según el cual la regulación relativa a la obligación de construir a una cierta distancia de otros inmuebles implica un “efecto protector de los derechos vecinales” sólo hasta una cierta profundidad. En el supuesto de ausencia de una norma expresa de este tipo, será preciso recurrir a los métodos habituales de interpretación para determinar cuáles son los intereses individuales que, en principio, la norma jurídica aplicable debe proteger en cada caso. En este sentido, la jurisprudencia ha desarrollado una amplia —y también parcialmente confusa— casuística, especialmente en lo que se refiere a la protección vecinal en el derecho urbanístico público, a la protección de los competidores en el ámbito de las licencias profesionales y comerciales, en materia de subvenciones, así como en relación con las pretensiones por las que se insta a la administración a actuar.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Ejemplo (pretensión urbanística vecinal): B solicita y obtiene la autorización para la edificación de una casa de uso propio residencial en un terreno de su propiedad. N, su vecino, estima que la autorización para dicha edificación, además de causarle molestias, viola ciertas disposiciones jurídico-urbanísticas y, en consecuencia, es contraria a derecho. Después de interponer, sin éxito, recurso administrativo, decide formular una pretensión de impugnación. La pretensión fracasa no porque la licencia no tenga por destinatario a N, ni tampoco porque aquella no le haya sido notificada oficialmente (*cfr. BVerwGE* 22, 129; 78, 85, 88 y ss.). La pretensión, sin embargo, sólo resulta admisible cuando N aduzca que la licencia urbanística vulnera una norma jurídica que le protege en su calidad de vecino, y sólo estará fundada cuando la licencia vulnere efectivamente aquella norma. No es suficiente, pues, que la licencia urbanística sea ilegal; es necesario también, que 1) vulnere una norma jurídica y, además, 2) una norma jurídica que tiene precisamente por objeto la protección de los vecinos. Si no existe violación de tal norma jurídica, N deberá soportar, “sin posibilidad de reclamar”, la edificación autorizada y construida ilegalmente, aun cuando la misma le perjudique efectivamente. Idéntica solución se aplica también en apelación, *cfr. BVerwGE* 47, 19; *BVerwG DÖV* 1980, 690; 1984, 173.

La cuestión decisiva es, por lo tanto, la de si el proyecto de edificación infringe las disposiciones jurídicas protectoras de los vecinos. Dado que las correspondientes disposiciones jurídicas sólo raramente contienen una regulación expresa relativa a la protección de los vecinos, se trata de una cuestión de interpretación. Ello ha dado lugar a una copiosa y apenas abaricable jurisprudencia, que con el transcurso del tiempo ha ido experimentando cambios, lo que hay que tener en cuenta a la hora de valorar las decisiones más antiguas. Requisito e indicio de la eficacia protectora de los vecinos es que “de los rasgos individualizadores del presupuesto de hecho de la norma pueda inferirse un círculo de personas que se distingue de la generalidad” (así *BVerwG NVwZ*, 1987, 409; *BVerwGE* 94, 151, 158; el *BVerwG*

destacó tempranamente como criterio que el círculo de los potenciales interesados debe ser suficientemente determinado y delimitable, *cfr.* *BVerwGE* 27, 29, 33; 52, 122, 129). En el caso concreto se trata, sobre todo, de si la norma sirve al equilibrio de los distintos intereses de los propietarios de fincas y del promotor urbanístico de una determinada zona, y de si los mismos se unen en un destino común, con la consecuencia de que si bien el promotor debe tolerar restricciones en interés de los vecinos, también puede esperar a cambio que los vecinos observen esas limitaciones.

El *BVerwG* se ha pronunciado en un gran número de decisiones sobre la protección de los vecinos en el derecho de la planificación urbanística —incluyendo el carácter protector de los planes de urbanismo (*cfr.* *BVerwGE* 94, 151, 154 y sigs.)—, mientras que sobre la protección de los vecinos en el derecho de la edificación, dictado por los *Länder*, son los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo los que deciden en última instancia (*cfr.* § 137 I *VwGO*). El *BVerwG* sostuvo en un primer momento la postura de que el § 34 I *BBauG/BauGB*, que regula la admisibilidad de proyectos urbanísticos en la zona interior no planificada, y el § 35 II *BBauG/BauGB*, que regula la admisibilidad de proyectos urbanísticos en la zona exterior, no poseían una función protectora vecinal (así *BVerwGE* 32 173, en relación con el § 34; y *BVerwGE* 28, 268, en relación con el § 35 II). Pronto se apreció, sin embargo, que una exclusión general de la protección de los vecinos en estas zonas era difícilmente sostenible. El tribunal aceptó, por ello, que la pretensión vecinal podía apoyarse directamente, de manera excepcional, sobre el artículo 14 I *GG*, en especial cuando la licencia urbanística o su aprovechamiento modificasen persistentemente la situación previa de la finca y, de esta manera, afectasen a los vecinos de manera grave e insoportable (*BVerwGE* 32, 173, 178 y ss.; correlativamente, a favor de una pretensión apoyada en el artículo 2 II *GG*, en caso de perjuicios para la vida y la salud derivados del aprovechamiento de una finca: *BVerwGE* 52, 211, 222 y ss.). Esto parecía también consecuente. Puesto que, bajo estos presupuestos (de acuerdo con los antiguos criterios de delimitación) el límite de la vinculación social de la propiedad había sido rebasado, el vecino debía poder defenderse —recurriendo subsidiariamente al artículo 14 I *GG*— contra una licencia urbanística tal. Posteriormente, el *BVerwG* desarrolló, sin embargo, el principio de consideración, que obliga jurídico-objetivamente al promotor a tener en consideración el entorno, en especial las fincas vecinas, y que excepcionalmente adquiere un carácter jurídico-subjetivo protector de los vecinos “cuando hay que considerar de manera específica al tiempo que individualizada intereses dignos de protección de un círculo de terceros reconociblemente delimitado” (*BVerwG* DVBl, 1981, 928: edificio de gran altura al lado de una pequeña vivienda en la zona interior no planificada; *BVerwG* NVwZ 1989, 666: ruido procedente de un mercado de bebidas en la zona interior no planificada; *BVerwGE* 52, 122: pocilga en la zona exterior; *BVerwG* DVBl, 2005, 702: instalación de energía eólica al lado de una zona de vuelo sin motor). Si bien el anclaje de este principio era inicialmente dudoso, el *BVerwG* explicó después que el mismo resultaba de las regulaciones de rango meramente legal contenidas en el Código Urbanístico, y lo dedujo del elemento del supuesto de hecho normativo “adaptarse” en el sentido del § 34 I *BauGB*, así como del elemento del supuesto de hecho normativo “intereses públicos” en el sentido del § 35 II *BauGB*. El “mandato de consideración”, que más tarde se extendió a otros ámbitos, por ejemplo a la zona interior planificada en el sentido del § 30 *BBauG/BauGB* (*cfr.* *BVerwGE* 67, 334, sobre el § 15 I *BauNVO*), y que fue recogido, asimismo, por los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo para el derecho de la Edificación, se ha desarrollado hasta convertirse en una clausula general jurisprudencial

### ***D. Derechos subjetivos y derechos fundamentales***

La doctrina mayoritaria —prescindiendo del hecho de que, por ejemplo, para el derecho de vecindad apenas es previsible si los tribunales reconocen o no, en el caso concreto, un derecho subjetivo del vecino— es susceptible de ser cuestionada. Es bien cierto que los derechos subjetivos —considerados como intereses jurídicamente protegibles— deben desprenderse de la ley, por lo que, en efecto, una mera afectación material del ciudadano no bastaría para fundamentar un derecho subjetivo (en dicho sentido, sin embargo, un cierto sector doctrinal minoritario, *cfr.* Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, pp. 57 y ss.; *cfr.* además *infra*, marg. 15a. en relación con el derecho comunitario). La perspectiva planteada por la doctrina mayoritaria debe reputarse excesivamente estrecha, ya que únicamente tiene en consideración las normas legales aplicables en cada caso pero no considera suficientemente los aspectos constitucionales. No obstante, el artículo 19 IV GG no es directamente aplicable, puesto que no fundamenta ningún derecho subjetivo, sino que lo presupone. Sin embargo, no debe tampoco llegarse al extremo de diluir dicho precepto en la nada como resultado de una reducción excesiva o incluso arbitraria de los derechos subjetivos. Este

que, ciertamente, permite soluciones adecuadas al caso concreto, pero que también abre a la casuística las puertas de par en par, y conduce a resultados apenas previsibles. Dado que el mandato de consideración cubre todos los ámbitos relevantes para el derecho de las relaciones de vecindad, no hace falta el recurso inmediato al art. 14 I GG, máxime cuando aquél plantea exigencias menos elevadas que éste. El BVerwG defiende ahora —apelando a la competencia de regulación del legislador con arreglo al artículo 14 I 2 GG— la postura según la cual la protección de los vecinos existiría “en principio sólo en la medida en la que el legislador la haya normado” (BVerwGE 101, 364, 373; igualmente BVerwGE 107, 215, 219; *cfr.* además ya BVerwGE 89, 69, 78; BVerwG NVwZ 1996, 888). Si todavía existieran déficits, cabría interpretar conforme con la Constitución, a la vista del art. 14 I GG, las disposiciones urbanísticas pertinentes, en beneficio de la protección de los vecinos (BVerwGE 101, 364, 372). El artículo 14 I GG queda, por así decirlo, “en la reserva”, para el caso de que fallen el mandato de consideración y la interpretación conforme con la Constitución (*cfr.* al respecto *infra*, marg. 12).

Aquí no podemos adentrarnos en los pormenores del tema. Para más detalles al respecto, *cfr.* los manuales sobre derecho urbanístico, así como Wahl, *Abschied von den “Ansprüchen aus art. 14 GG”*, Festschrift für Redeker, 1993, pp. 245 y ss., en especial pp. 364 y ss.; Battis, *Baurechtlicher Nachbarschutz in Gebieten nach § 34 BauGB gemäß art. 14 GG un dem Gebot der Rücksichtnahme*, Festschrift für Weyreuther, 1993, pp. 305 y ss.; Schmidt-Preuß, *DVBl*, 1994, pp. 288 y ss. (comentario a BVerwGE 94, 151); Kraft, *Entwicklungslinien im baurechtlichen Nachbarschutz*, VerwArch. 89, 1998, pp. 264 y ss.; Jäde, *Das Bauplanungsrechtliche Rücksichtnahmegebot—Grundlagen und aktuelle Entwicklungen*, JuS, 2000, pp. 132 y ss.; Durr, *Die Entwicklung des öffentlichen Baunachbarrechts*, DÖV, 2001, pp. 625 y ss.

peligro se logra evitar si, por el contrario, se tienen en cuenta los derechos fundamentales, entre los cuales se incluye el artículo 19 IV GG y que constituyen la base de los derechos subjetivos.

a) Los derechos fundamentales constituyen indiscutiblemente *derechos de defensa* frente a actuaciones estatales, y no sólo frente a injerencias intencionadas sino, en su caso, también contra aquellas lesiones incidentales de la libertad o la propiedad causadas a través de actuaciones estatales. Siempre que no entren en juego derechos fundamentales especiales, se recurrirá al artículo 2 I GG el cual, en tanto que derecho de libertad general según la amplia interpretación que de él ha hecho el BVerfG, otorga el derecho al individuo a que no se le impongan cargas o perjuicios que no se hallen cubiertos constitucionalmente (BVerfGE 9, 83, 88; 19, 206, 215; 29, 402, 408; 97, 332, 340 y ss.; BVerwGE 30, 191, 198). No obstante, el legislador puede decidir si y en qué medida quiere otorgar derechos subjetivos, aunque debe en todo caso respetar los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la primacía en la aplicación de la ley (cfr. *supra*, § 4 marg. 50) es correcto examinar, respecto de las normas jurídicas aplicables, en primer lugar, si estas deben servir a los intereses individuales y, con ello, si fundamentan derechos subjetivos. Si la respuesta es negativa, tienen que invocarse los derechos fundamentales. Si estos, para el caso concreto, conceden derechos de defensa, entonces y según cual sea la situación jurídica, debe optarse por una de las siguientes posibilidades: interpretar como constitucional la (aún dudosa) norma jurídica, considerarla inconstitucional por no servir a la función de protección individual, o recurrir directamente al derecho fundamental en juego en aquellos casos en los que la regulación legal muestre lagunas.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se tiende a conceder una consideración cada vez mayor a la perspectiva constitucional.<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Esto vale sobre todo para los casos problemáticos de protección de terceros (protección del vecino en materia urbanística, protección de los concurrentes en el derecho económico y en el derecho de la función pública). En este sentido, el BVerwG había afirmado subsidiariamente una pretensión vecinal urbanística sobre la base del artículo 14 GG o, incluso, directamente al amparo del artículo 2 II GG (cfr. *supra*, marg. 9). Dicha acción carece hoy en día de virtualidad, pues las normas urbanísticas y el mandato de consideración que éstas contienen cubren la totalidad de dicho ámbito. Si, no obstante, resultaran lagunas o la interpretación conforme a la Constitución tampoco prosperara, entonces cabría volver a tenerla en consideración. Así, no es sostenible, al menos con carácter general, la posición de Wahl (Festschrift für Redecker, pp. 264 y ss.), según la cual las leyes en materia urbanística mediatizan el artículo 14 GG, por lo que no puede deducirse ninguna pretensión directamente del artículo 14 I GG. Sin duda es cierto que el legislador tiene que configurar con detalle

Esto no significa, evidentemente, que cualquier perjuicio o afectación del individuo producida por una actuación estatal, aunque sólo sea lejanamente, sirva como fundamento a una pretensión de defensa. Por el contrario, es preciso que se dé la inmediatez —exactamente igual que en el caso de injerencias en el derecho de propiedad (*cfr. infra*, § 26 marg. 93)— entre medida y afectación. Por otra parte, debe cumplirse también el hecho de que el legislador esté facultado para la configuración y limitación de los derechos fundamentales, dentro de lo que cabe encuadrar *también* la cuestión de si y en qué medida los intereses de ciudadanos determinados deben considerarse y protegerse jurídicamente, para lo cual se les eleva a la condición de derechos subjetivos.<sup>71</sup>

b) Esencialmente problemática es la cuestión de si y en qué medida se pueden deducir derechos prestacionales a partir de los derechos fundamentales, cuestión aún discutida actualmente en el ámbito del derecho constitucional y que no va a ser tratada con detalle en esta sede. Con carácter

el derecho de propiedad (artículo 14 I 2 GG); sin embargo, si no lo hace o lo hace de forma insuficiente, entra en juego el artículo 14 I GG, el cual fundamenta un derecho subjetivo inmediato para el ciudadano, directo incluso (*cfr. lo dicho supra*, marg. 10). El artículo 14 I 2 GG no constituye, sin embargo, reserva de ley alguna; la misma, en cualquier caso, no puede ser utilizada en perjuicio del ciudadano —como tampoco puede serlo la exigencia de una regulación relativa a la indemnización por injerencias en la propiedad—. *Cfr.* sobre el fundamento de la protección vecinal en virtud de la interpretación constitucional, por ejemplo, *BVerwGE* 81, 329, 339 y ss. (protección del vecino en el derecho de minas por razón de la interpretación constitucionalmente conforme del § 48 II *BBerG*). Los derechos fundamentales adquieren una relevancia considerable para el caso de la acción concurrencial en el ámbito de las subvenciones, bien porque el demandante ataca que se favorezca a sus competidores (pretensión concurrencial negativa), bien porque exige su inclusión en el grupo de favorecidos (pretensión concurrencial positiva). En ausencia de regulación legal al respecto entran en consideración los derechos fundamentales (artículo 12 I, 2 I, 3 I GG) (*cfr.* sobre ello *BVerwGE* 30, 191, 198; 60, 154, 159). La pretensión formulada por los competidores en materia funcionarial puede apoyarse en el artículo 33 II GG (*cfr. BVerwGE* 118, 370 con numerosas alusiones a la jurisprudencia anterior; sobre la correspondiente pretensión concurrencial en la judicatura, *OVG Schleswig JZ* 2002, 140 con comentario de Schulze-Fielitz). Pero también en otros ámbitos jurídicos debe tenerse en consideración los derechos fundamentales, así por ejemplo la expulsión de un extranjero puede vulnerar el derecho de su mujer contemplado en el artículo 6 I GG (*BVerwGE* 42, 141).

<sup>71</sup> Esto lo muestra claramente, una vez más, el derecho urbanístico, que no sólo se ocupa de los derechos de los vecinos, sino también de los intereses del propietario de una obra en construcción y de los intereses públicos. El necesario equilibrio de intereses no puede deducirse únicamente desde la perspectiva jurídico-material, sino también a través del reconocimiento o denegación de derechos subjetivos; sin embargo, y desde la perspectiva del artículo 14 GG, los intereses vecinales tienen que ser protegidos en los casos en los que se produzca una afectación grave e insoportable en el sentido de la jurisprudencia del *BVerwG*.

general se responde negativamente a dicha cuestión, si bien existen algunas posiciones en sentido contrario (*cfr.* también Maurer, *Staatsrecht*, § 8 marg. 78, § 9 marg. 28). De las *acciones prestacionales* en sentido estricto, orientadas a una concesión precisa en términos cuantitativos y que no hallan fundamento en la Ley Fundamental, deben distinguirse tanto las pretensiones de participación como las pretensiones de ejecución de leyes. Una *pretensión de participación*, que aspira a ser incluida dentro del sistema de prestaciones estatal, puede desprenderse del artículo 3 I GG, posiblemente en vinculación con un derecho fundamental específico (por ejemplo el artículo 12 I GG). Por su parte, una *pretensión general a la ejecución de una ley* no tiene fundamento constitucional alguno. Sin embargo, cuando el Estado determina legalmente determinadas prestaciones, si sería posible deducir, sobre la base de determinados derechos fundamentales y principios constitucionales generales (especialmente el de Estado social), las correspondientes pretensiones, *cfr.* sobre ello BVerwGE 1, 159 (*supra*, marg. 4).

### ***E. Derecho a obtener una decisión discrecional exenta de vicios***

Los argumentos hasta ahora expuestos han dado ya respuesta a la cuestión sobre qué derechos ostenta el ciudadano cuando la administración cuenta con un *margen de discrecionalidad*. Conviene, una vez más, observar la obligación jurídica que recae sobre el órgano administrativo y preguntarse seguidamente si esa obligación cuando menos *existe* también en el *interés de determinados ciudadanos*.

El órgano administrativo está *obligado*:

- a decidir mediante un ejercicio correcto de su potestad discrecional,
- en caso de reducción de su discrecionalidad, a adoptar correctamente aquella única decisión que resulte posible.

En contrapartida, el *ciudadano* tiene un *derecho*

- a obtener una decisión discrecional libre de vicios.
- a obtener una decisión en un determinado sentido.

*Bajo la sola condición* de que la norma atributiva de la potestad discrecional sea destinada a servir no sólo el interés público, sino también el del



ciudadano afectado. No existe un derecho general a obtener una decisión discrecional libre de vicios.<sup>72</sup>

### ***F. El derecho subjetivo en el derecho comunitario***

El derecho subjetivo juega también un importante papel en el derecho comunitario como presupuesto para la interposición de pretensiones judiciales, si bien allí tiene —al menos parcialmente— otra función y consiguientemente otro significado. Mientras que en el derecho alemán consti-

<sup>72</sup> Ejemplo (derecho a una intervención policial): A, residente en una vivienda unifamiliar ubicada en una urbanización de la ciudad S, denuncia unas molestias graves debidas al ruido que hasta altas horas de la noche proviene de una casa vecina perteneciente a una asociación deportiva. Por estos motivos A reclama del alcalde que, en cuanto que órgano competente sobre la policía local, intervenga contra la asociación deportiva y prohíba las reuniones después de las 23 horas. El alcalde no interviene. ¿Cómo debe valorarse en este caso la pretensión? Hay que partir de la idea de que no existe ninguna disposición específica y, en consecuencia, va a ser de aplicación el poder general de policía. De acuerdo con las cláusulas generales en materia de policía, el órgano administrativo puede decidir discrecionalmente en qué casos y bajo qué condiciones intervendrá en caso de peligro para la seguridad y el orden público. Hay que examinar, en primer lugar, si existe un peligro para la seguridad y el orden público (presupuesto de hecho previsto por la ley). Si la respuesta es positiva, la siguiente cuestión radica en saber si el ciudadano es titular de un derecho en virtud de la regla general establecida por la ley en materia de policía. La regla tradicional viene representada por el hecho de que la policía *sólo* actúa por razones de interés público; hoy, en cambio, se admite que la policía actúa para la protección de los intereses jurídicamente protegidos del individuo, estando llamada a ejercer su actividad *igualmente* en interés del ciudadano afectado de tal modo que, en estas condiciones, la cláusula general de policía adquiere un carácter *también* protector del individuo. Sin embargo, a puede exigir solamente que el alcalde examine la situación y decida haciendo un uso correcto de su potestad discrecional, no que apruebe la prohibición solicitada. El Tribunal de lo Contencioso—Administrativo condenará al alcalde sólo a eso (sentencia conforme a lo previsto en el § 113 V 2 *VwGO*). Otra cosa sería, ciertamente, si, a la vista de las circunstancias concretas del caso, sólo la prohibición reclamada fuese la respuesta correcta al ejercicio de la potestad discrecional (reducción de la discrecionalidad); el alcalde estaría entonces obligado a dictar dicha prohibición y el Tribunal de lo Contencioso—Administrativo debería resolver imponiendo la obligación de dictar un acto administrativo en aquel sentido (§ 113 V 1 *VwGO*). *Cfr.* en este tema *BVerwGE* 11, 95 (molestias causadas por el ruido y el polvo de un negocio de carbón colindante); *BVerwGE* 37, 112 (obstrucción en la entrada de un garaje); *BVerwGE* 92, 153, 156 y ss. (no hay derecho a una decisión discrecional adoptada de modo correcto en el caso de una decisión sobre reclutamiento militar); *OVG Lüneburg* NJW 1985, 2966 (derecho a la instalación de un semáforo); *VG Freiburg* VBIBW 1987, 349 (derecho al desalojo de una casa ocupada); *VG Stade* NVwZ 1989, 497; *OVG Lüneburg* NVwZ 1991, 801; *BVerwGE* 68, 62 (derecho a una intervención contra las campanadas de una iglesia).

tuye un presupuesto material determinante para garantizar la protección de los derechos individuales, en el derecho europeo sirve ante todo —por lo demás, como también en la mayoría de otros ordenamientos jurídicos nacionales— de acceso a la vía judicial para el reconocimiento de derechos objetivos. Con ayuda de los derechos subjetivos y de las correspondientes demandas ejercidas se ve alcanzada y garantizada una plena eficacia del derecho comunitario en todos los Estados miembros. Hay ya legitimación, por tanto, cuando el ciudadano se ve afectado de manera directa e individual por una norma jurídica imperativa. Esta extensión debe ser también tomada en cuenta en el caso de las pretensiones formuladas ante los tribunales de lo Contencioso-administrativo alemanes por las cuales se alegue —directa o indirectamente— una infracción del derecho comunitario; sin embargo, no obliga a la extensión de los derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico alemán. La legitimación exigida desde el derecho comunitario puede fundarse más bien en la cláusula “en la medida en que” del § 42 II *VwGO* (en la medida en que no se determine legalmente otra cosa), sin embargo, a la larga no van a dejar de haber repercusiones sobre el concepto de derecho subjetivo en el ordenamiento alemán, máxime cuando la (todavía) dominante teoría de la norma de protección tropieza con la crítica de la doctrina.<sup>73</sup>

## 2. La relación jurídico-administrativa

### A. Concepto

La relación jurídico-administrativa se vincula estrechamente con el derecho público subjetivo; la misma es en parte consecuencia, en parte presu-

<sup>73</sup> Cfr. en este tema Wahl, en Schoch *et al.*, *VwGO*, § 42 apdo. 2 margs. 121 y ss., especialmente marg. 128; Würtenberger, *VerwProzR* margs. 71 y ss.; además, con carácter general sobre la problemática (no del todo resuelta) de los derechos subjetivos en el derecho comunitario, Burgi, *Verwaltungsprozess und Europarecht*, pp. 51 ss.; v. Danwitz, *Zur Grundlegung einer Theorie des subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechts*, *DÖV*, 1996, pp. 481 y ss.; Classen, *Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrecht*, *VerwArch*, 88, 1997, pp. 645 y ss.; Ruffert, *Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, *DVB1*, 1998, pp. 69 y ss.; Kokott, *Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, *DV* 31, 1998, pp. 335, 348 y ss.; Ehlers, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, 1999, pp. 45 y ss.; Schoch, *Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, *NVwZ*, 1999, pp. 457 y ss.; *ibidem*, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, *BVerwG-Festschrift*, 2003, pp. 507, 516 y ss.

puesto, del derecho público subjetivo. También la relación jurídica es una categoría de la teoría general del derecho. Por ella se entienden las relaciones jurídicas que existen entre dos o más sujetos de derecho y que resultan de una situación concreta sobre la base de una norma jurídica. Si la norma sobre la que se basan pertenece al derecho administrativo, entonces estamos ante una relación jurídico-administrativa.<sup>74</sup>

La regla es que en una relación jurídica existen obligaciones y derechos recíprocos, ligados los unos con los otros.

### **B. Significación práctica**

La relación jurídico-administrativa adquiere importancia en el marco del proceso contencioso-administrativo, donde tiene una función que no es, ciertamente, la de señalar el orden jurisdiccional competente, pero sí la de servir de fundamento a la pretensión. Según el § 43 I *VwGO*, cabe formular una pretensión declarativa cuando la existencia o la inexistencia de una relación jurídica, o de algunas de sus consecuencias, por ejemplo determinados derechos u obligaciones, son objeto de controversia entre las correspondientes partes, y el demandante tiene un interés legítimo en su pronta declaración. La jurisprudencia adopta un criterio amplio a la hora de reconocer la existencia de una relación jurídica en el sentido del § 43 I *VwGO*. Ello obedece, por un lado, a que, según el § 40 I *VwGO*, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa está abierta para todos los litigios de derecho público que no sean de naturaleza jurídico-constitucional; y, de otro lado, a que las restantes clases de pretensiones, definidas con mayor precisión, no resultan siempre apropiadas y, en consecuencia, la declarativa prevista en el § 43 I *VwGO* se presenta como una suerte de pretensión residual.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Ciertamente, la relación general Estado-ciudadano es objeto de regulación jurídica, pero no constituye una relación jurídica en tanto en cuanto carece de la concreción necesaria. Ejemplo: El derecho del ciudadano frente al Estado para construir en su terreno de acuerdo con las disposiciones del derecho urbanístico no constituye por sí una relación jurídica. No hay relación jurídica sino en el caso de que el ciudadano A solicite la autorización para construir en un terreno determinado.

<sup>75</sup> *Cfr.* en este tema con más detalle los manuales sobre el proceso contencioso-administrativo, como, por ejemplo, Schmitt Glaeser/Horn, margs. 327 y ss.; Hufen, § 18 margs. 6 y ss.; además, sobre el concepto de relación jurídica y los límites en el ejercicio de una acción declarativa, *BVerwGE* 89, 327. La pretensión declarativa del § 43 I *VwGO* sólo puede ser ejercida en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa (§ 40 I *VwGO*). Los

### C. Tipos de relaciones jurídico-administrativas

Bajo el concepto de relaciones jurídico-administrativas se comprenden diferentes casos, atendiendo a su origen, a los sujetos y, sobre todo, a su contenido.

a) *El nacimiento* de la relación jurídico-administrativa puede basarse en una ley (leyes formales, reglamentos, ordenanzas), en un acto administrativo, en un convenio administrativo o en un acto material. Del mismo modo pueden ser modificadas y suprimidas las relaciones jurídico-administrativas. Una constitución mediante un acto material se daría, por ejemplo, cuando por el mero hecho del acceso a un servicio público municipal, se origina una relación de uso (con deberes y derechos para el municipio y el usuario).

b) *Objeto* de la relación jurídico-administrativa puede constituirlo todo aquello que es jurídicamente admisible. El abanico es sumamente amplio y cambiante. La fijación de una tipología de relaciones jurídico-administrativas es algo aún pendiente de hacer. Puede distinguirse, en primer lugar, entre las puntuales o momentáneas (relaciones jurídico-administrativas *ad hoc*) y las de carácter duradero.

aa) Las *relaciones jurídico-administrativas momentáneas* nacen de una ocasión única y concreta y se limitan a la misma, incluso si desde cualquier punto de vista pudiesen comportar ciertas consecuencias posteriores. Tal tipo de relación jurídica existe, por ejemplo, cuando en virtud de una resolución de policía alguien se ve obligado a apuntalar su casa, debe aportar determinada información o puede exigirla, obtiene el derecho a examinar el expediente, debe soportar un control sobre su actividad industrial, puede hacer valer una pretensión de indemnización por daños y perjuicios, etcétera.

bb) Las *relaciones jurídico-administrativas duraderas* tienen, desde la perspectiva jurídica, una importancia considerablemente mayor. Deben así citarse:

- *Relaciones jurídico-administrativas* de carácter personal, tales como la cualidad de miembro de una corporación de derecho público, la relación funcionarial, la relación escolar, el servicio militar o la prestación social sustitutoria, el derecho de sufragio.

restantes ordenamientos procesales tienen sus correspondientes pretensiones declarativas, *cfr.* § 55 I SGG, § 41 FGO, así como el § 256 I ZPO.

- *Relaciones jurídico-administrativas* de carácter patrimonial, caso de las relaciones prestacionales sociales que implican el derecho a la percepción periódica de una renta o pensión, relaciones subvencionales, relaciones tributarias.
- *Relaciones de utilización de los servicios o establecimientos públicos*, caso del acceso a las redes de distribución de agua y energía, el uso de los transportes públicos, la utilización de otras instalaciones locales.

Ciertamente, no resulta posible establecer una estricta separación entre estos tres grupos. Las relaciones de utilización de un establecimiento o servicio público tienen con frecuencia un carácter personal, al tiempo que también un impacto patrimonial; las mismas, por consiguiente, se solapan en mayor o menor medida con los dos primeros grupos mencionados. A todo ello se añade el hecho de que esas relaciones de utilización de un establecimiento o servicio público pueden estar configuradas también por el derecho privado, lo que demuestra que, por la materia misma (la puesta a disposición del público de un establecimiento o de un servicio), no cabe concluir sin más la existencia de una relación jurídico-administrativa, aun cuando las reglas aplicables coincidan ampliamente en su contenido.

cc) Las “*relaciones obligatorias jurídico-administrativas*” no constituyen un grupo adicional, sino que se superponen a los grupos precedentes; se incluyen en este supuesto las relaciones específicas entre el Estado y el ciudadano que ofrecen un carácter similar a aquellas reguladas por el derecho de obligaciones, aplicándoseles por ello analógicamente los preceptos del *BGB*, especialmente en lo relativo a los incumplimientos de la prestación (*cfr.* este tema *infra*, § 28 margs. 2 y ss.). Es probable que los supuestos descritos representen a efectos prácticos el grupo más importante de entre las relaciones jurídicas de derecho administrativo.

dd) Recientemente han ido apareciendo con mayor fuerza las llamadas *relaciones jurídicas de derecho administrativo poligonales o pluripolares*. Éstas se distinguen de las relaciones jurídicas bipolares en que no sólo contraponen al Estado de un lado y al ciudadano —o a varios ciudadanos, con intereses coincidentes— de otro, sino que en su seno también se hacen valer, por parte de los ciudadanos, varios intereses diferentes, antitéticos y complejamente entrelazados, y que deben ser cohonestados en un óptimo

equilibrio. Esto vale especialmente para las relaciones jurídicas derivadas del procedimiento administrativo.<sup>76</sup>

c) *Sujetos de una reglación jurídico-administrativa* pueden ser todos los sujetos de derecho, en tanto que titulares de derechos y deberes. Estas relaciones, por consiguiente, pueden trabarse tanto entre el Estado, o cualquier otra entidad administrativa dotada de personalidad jurídica, y el ciudadano, como también entre entidades de este tipo. Tales relaciones son igualmente posibles en el ámbito interno de la administración dado que, como se verá, los propios órganos administrativos pueden, bajo ciertas condiciones, hacer valer derechos vinculados a su condición orgánica (es el caso de las relaciones entre el alcalde y el pleno municipal).

#### ***D. La relación jurídico-pública: ¿fundamento o guía de la teoría general de una teoría general del derecho administrativo?***

La doctrina administrativista ha prestado hasta ahora poca atención a la relación jurídico-administrativa, lo que ha sido criticado por varios autores; se ha llegado a postular, en parte, que tal relación debería constituir el fundamento del sistema del derecho administrativo, en lugar del hasta la fecha (supuestamente) predominante acto administrativo.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Ejemplo: En la fijación del trazado de una autopista federal, unos son partidarios del trazado norte, otros del sur, unos terceros defienden que no se construya la autopista y los cuartos abogan en todo caso por la construcción siempre que no atraviere su población. También puede hablarse de una relación jurídica tripolar si, con motivo del procedimiento para otorgar una licencia urbanística o una autorización ambiental integrada, un vecino entra en juego en calidad de tercero.

<sup>77</sup> Cfr. Bachof, VVDStRL vol. 30, 1972, pp. 231 y ss.; Schmitt Glaeser, en: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, pp. 84 y ss. (donde se designa a la relación jurídico-administrativa incluso como una forma de actuación administrativa); Häberle, BayVBl, 1977, p. 748; *idem*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 248 y ss.; Achterberg, VerwR § 20 margs. 32 y ss.; J. Martens, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, especialmente margs. 29 y ss.; Ipsen, VerwR marg. 163. Por el contrario, posturas escépticas e incluso negativas en Mayer/Kopp, VerwR, p. 330; Löwer, NVwZ, 1986, p. 794; Schmidt-Aßmann, DVBl, 1989, pp. 539 y ss.; *idem*, VerwR, pp. 255 y ss.; Meyer, VVDStRL vol. 45, 1987, p. 272; Pietzcker, DV 30, 1997, pp. 281 y ss.; Detterbeck, VerwR marg. 415; de forma más restrictiva también en Bachof, VVDStRL vol. 45, 1987, p. 279, y Häberle, *ibidem*, p. 253. Cfr. finalmente Bauer, DV vol. 25, 1993, pp. 315 y ss., quien con razón se vuelve contra un falso posicionamiento estricto y aboga por no liquidar, sino más bien completar, la teoría de las formas de la actuación administrativa mediante la relación jurídico-administrativa. Recientemente también se ha intentado aprehender jurídicamente los problemas especiales de la actividad administrativa informal

Los esfuerzos hechos en este sentido seguramente deben ser valorados de forma positiva. Cabe preguntarse, empero, si las esperanzas suscitadas no resultan excesivas. Bien mirado, se aprecia que no existe propiamente una relación jurídico-administrativa, sino una *multiplicidad* de relaciones jurídico-administrativas sujetas a diferentes regulaciones y formas (aun cuando sean incluidas bajo el concepto común de relación jurídico-administrativa). Es precisamente aquello que hace tan atractiva la relación jurídica de derecho administrativo —a saber: la diversidad de sus manifestaciones según cada situación concreta— lo que hace muy problemática su aptitud para convertirse en un concepto fundamental de la parte general del derecho administrativo. De este modo, aun cuando la relación jurídica de derecho administrativo es regulada con detalle en la legislación o estudiada de forma sustancial por la doctrina, la mayoría de las veces se la trata en relación con ámbitos *específicos* del derecho administrativo.<sup>78</sup>

Todo ello indica que la relación jurídico-administrativa merece una más intensa consideración en el seno de la *parte especial del derecho administrativo*, si bien, en cualquier caso, cabe desarrollar algunos elementos estructurales fundamentales en la parte general del mismo. No es de otro modo en el derecho civil, donde la relación jurídica alcanza su desarrollo también dentro de la parte especial. La relación jurídico-administrativa, de todas maneras, no constituye todavía una institución dogmática de la cual puedan extraerse conocimientos y consecuencias, ni tampoco puede servir de concepto central conductor de un sistema derecho administrativo.

El *acto administrativo*, contra el que se ha dirigido la revalorización de la relación jurídico-administrativa, es un concepto irrenunciable para el tratamiento de los ámbitos anteriormente mencionados, especialmente en el derecho tributario y el derecho de la seguridad social, para poder dominar los procedimientos masivos que allí tienen lugar. Para la mayor parte de los ciudadanos, la administración tributaria sólo se manifiesta bajo la forma del acto administrativo/liquidación tributaria, según lo previsto de modo detallado en la Ley General Tributaria del año 1977. Seguramente,

recurriendo a la noción de relación jurídica, *cfr.* al respecto, por ejemplo, Bauer, *VerwArch.* vol. 78, 1987, p. 241; pp. 259 y ss.; Schulte, *DVBL*, 1988, pp. 512 y 513 y ss.).

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, la relación prestacional de la seguridad social (§§ 30 y ss. *SGB I*), la relación tributaria (§§ 37 y ss. *AO*), la relación funcional (§§4 y ss. *BBG*, §§ 2 y ss. *BRRG*), la relación subvencional (*cfr.* al respecto *Zacher*, *VVStRL* vol. 25, 1967, pp. 325 y ss.), la relación de uso de los establecimientos y servicios públicos (*cfr.* en este tema Erichsen, en: Erichsen/Ehlers, *VerwR*, § 29 margs. 32 y ss.) y la relación derivada del ejercicio de funciones de inspección (*cfr.* en este tema Gröschner, *Das Überwachungsverhältnis*, 1992).



es acertado afirmar que “el acto administrativo representa simplemente un instante en el marco de las relaciones que en el mismo se desarrollan” (así Bachof, VVDStRL, vol. 30, p. 231); pero también hay que añadir que no se trata de cualquier momento, sino del instante decisivo, del punto temporal en el cual el procedimiento administrativo se cierra y las relaciones jurídicas se regulan y definen para el futuro. El acto administrativo es de algún modo el *fenómeno susceptible de ser jurídicamente aprehendido* o el *punto de orientación jurídica* en el curso del procedimiento (como el contrato en el derecho civil). En esa medida, y también desde un punto de vista dogmático, la relación jurídico-administrativa y el acto administrativo constituyen dos institutos jurídicos que no sólo no se excluyen mutuamente, sino que se complementan recíprocamente. Por lo demás, puede decirse que existe unanimidad en la opinión de que el acto administrativo no es *la*, sino *una* forma, entre otras, de actuación de la administración, aunque, ciertamente, para el derecho administrativo, que concierne predominantemente a las relaciones Estado-ciudadano, tiene una importancia considerable. En cuanto a la posibilidad de que el acto administrativo sea reemplazado por el convenio administrativo, se trata de una cuestión que permanece aún abierta. *Cfr.* en al respecto *infra*, § 9 margs. 37 y ss. y § 14 margs. 21 y ss.

### 3. La relación de sujeción especial

La relación de sujeción especial ha sido ya mencionada anteriormente en el marco de la reserva de ley (*cfr.* § 6 margs. 17 y ss.). Según la postura aquí sostenida, esta figura jurídica pertenece al pasado. Pero como su uso no sólo era frecuente en la doctrina y en la práctica jurídica de antaño, sino que aún hoy no aparece del todo superado, conviene referirse a ella.

#### A. Definición y origen

El origen de la relación especial de sujeción se remonta y forma parte de la teoría constitucional del Estado y de la administración, de finales del siglo XIX (*Laband, Otto Mayer*). En contraposición a la relación de sujeción general, que comprendía a cualquier persona respecto de sus derechos y obligaciones generales, la relación de sujeción especial concernía a las relaciones específicas entre el Estado y el ciudadano que se constituían mediante la integración (forzosa o voluntaria) en determinados ámbitos de la administración (escuela, centros penitenciarios, otros establecimientos públicos,

relación funcional, servicio militar). La relación de sujeción especial se incardinaba en lo que se consideraba ámbito interno de la administración y, por ende, libre de derecho: ese era el sentido de la figura. Así se alcanzaba el resultado siguiente: aunque, ciertamente, el establecimiento coactivo de una relación de sujeción especial requería un fundamento legal, las relaciones específicas que de aquélla derivaban escapaban de los derechos fundamentales, de la reserva de ley y de la tutela judicial. El Ejecutivo podía en virtud de su propio derecho dictar las regulaciones que parecieran necesarias para la configuración de las relaciones de sujeción especial y, de este modo, ordenar también medidas de intervención sin cobertura legal. Estas regulaciones eran instrucciones administrativas que, según la concepción de entonces, no tenían carácter de norma jurídica (con eficacia externa).<sup>79</sup>

### ***B. El desmantelamiento de la relación especial de sujeción***

La teoría de la relación de sujeción especial, que representa una brecha en el Estado de derecho, debía resultar a la fuerza cuestionable cuando menos tras la promulgación de la Ley Fundamental y su pretensión de penetración del Estado de derecho en todos los ámbitos públicos. Pese a ello, dicha teoría se mantuvo —con justificaciones diversas— durante largo tiempo: se admitía que las tradicionales relaciones de sujeción especial y sus limitaciones típicas seguían existiendo en virtud del derecho consuetudinario; se sostenía que habían sido reguladas o presupuestas por la Constitución (así, por ejemplo, la relación escolar en el artículo 7 I GG, la relación funcional en el artículo 33 IV y V GG, las relaciones penitenciarias en el artículo 74 núm. 1 GG o art. 104 I GG); se argumentaba también el hecho de que los interesados se sometían voluntariamente a tal tipo de relación. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, se ha producido una relajación y un desmantelamiento parcial, en la medida en que se admite, en particular; que también las regulaciones administrativas internas tienen carácter jurídico (con lo cual quedaba superada la decisiva barrera teórica); que los derechos fundamentales se aplican asimismo en la relación de sujeción especial, a menos que la finalidad particular de la misma exija una limitación; y que la

<sup>79</sup> Cfr. en este tema Otto Mayer, VerwR I, pp. 101 y ss. (*Derecho administrativo alemán I*, pp. 144-145 nota del traductor); W. Jellinek, VerwR, p. 122 con ulteriores referencias, p. 341, donde tras destacar que “las relaciones de especial sujeción” reemplazan el fundamento legal que normalmente sería necesario, afirma de manera plástica: “El maestro puede reprimir y encerrar expeditivamente al alumno negligente”.

tutela judicial existe, cuando menos para las medidas fundamentales adoptadas en el seno de la relación (*cfr.* al respecto, sobre todo, Ule, VVDStRL, vol. 15, 1957, pp. 133 y ss.).

No es necesario realizar aquí una exposición detallada sobre la evolución del tema y las aceradas críticas que el mismo suscita.<sup>80</sup>

La ruptura decisiva se produjo finalmente a través de ya la citada anteriormente sentencia del *BVerfG* del 14 de marzo de 1972 (*BVerfGE* vol. 33, p. 1 —ejecución de las penas— *cfr. supra*, § 6 marg. 18), en la cual —sin efectuar un análisis de las concepciones tradicionales— se afirma que los derechos fundamentales se aplican igualmente en materia de ejecución de penas y que no pueden ser limitados en su ejercicio más que bajo las condiciones de general aplicación. En la jurisprudencia y en la doctrina predominante se impuso rápidamente a partir de entonces la única postura correcta, según la cual los derechos fundamentales, la reserva de ley y la tutela judicial (artículo 19 IV *GG*) también valen en las relaciones Estado-ciudadano designadas tradicionalmente como relaciones de sujeción especial. La relación especial de sujeción ha perdido su función y ha sido liquidada. *Cfr.* sobre ello *supra*, § 6 margs. 17 y ss.<sup>81</sup>

Es indiscutible, con todo, que estas relaciones ofrecen efectivamente ciertos rasgos propios y que, en consecuencia, precisan de regulaciones especiales adecuadas a los mismos. Pero, como ocurre en cualesquiera otros casos, éstas deben ser perfectamente conformes con las exigencias del Estado de derecho, en particular, deben dictarse mediante ley o sobre la base de una ley y ser enteramente acordes con los derechos fundamentales. Tampoco la “relación de sujeción general” constituye una extensa relación jurídica, sino tan sólo una designación genérica que tiene por objeto las más diversas relaciones jurídicas de orden particular (*cfr. supra*, margs. 18 y ss.). Bien mirado, en realidad sólo existen relaciones jurídicas particulares, cuyos rasgos aparecen más o menos definidos. Resulta, por lo tanto, indicado —a fin de evitar equívocos— renunciar totalmente a la expre-

<sup>80</sup> *Cfr.* sobre ello, por ejemplo, en lo que atañe al ámbito escolar, las exposiciones de Evers y de Fuss, con el consiguiente debate, en el ámbito de la reunión de profesores de derecho público del año 1964, VVDStRL, vol. 23, pp. 147 y ss.

<sup>81</sup> Sorprendentemente, la misma parece tener más vida de lo que pudiera suponerse tras la referida decisión del *BVerfG*. Precisamente en los últimos años, una larga lista de autores han adoptado una posición favorable a la relación de sujeción especial —si bien con un alcance limitado, viendo en ella sólo una categoría jurídico-administrativa o la base para justificar especiales facultades de imponer limitaciones—, *cfr.* las referencias indicadas en N. Klein, DVBl, 1987, pp. 1102 y 1103 y ss.).

sión “relación de sujeción especial”. Las denominaciones sustitutivas, tales como “relaciones jurídico-administrativas especiales” (Wolf), “relaciones de estatuto especial” (Hesse), “relaciones de contacto personal” (Fuss) no contribuyen al esclarecimiento, sino que sólo conducen al peligro de que nuevamente vuelvan a tener entrada las tradicionales ideas de las relaciones especiales de sujeción.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Caso: El alumno S de un instituto público edita un diario escolar en el cual realiza críticas referidas al centro educativo. El director del centro prohíbe el periódico. S quiere saber si la prohibición es legal. La misma sólo es posible si puede sustentarse en una ley formal o en un reglamento adoptado en virtud de una ley (a cuyos efectos cabe afirmar, sin duda, que no es obligado que la edición de un diario escolar sea regulada específicamente por una ley) y si, además, está en consonancia con el artículo 5 I GG. La prohibición es revisable por los tribunales de lo contencioso-administrativo (artículo 19 IV GG). Cfr. también en este tema Kästner, *Das Grundrecht des Schülers auf freie Meinungsäußerung*, DÖV 1977, pp. 500 y ss.; Pieroth/Schürmann, *Rechte und Pflichten des Schülers*, VR 1981, pp. 373 y 378 y ss.).

El reglamento especial ha sido afirmado, entre otros, por: Wolf/Bachof/Stober, *VerwR I* § 25 margs. 43 y ss.; Böckenförde/Grawert, *AöR* vol. 95, 1970, pp. 1 y ss.; Ossenbühl, *HStR III* § 65 margs. 6 y 61. Por el contrario, ha sido rechazado por la doctrina dominante; cfr., en particular, Erichsen, *Festschrift für Hans J. Wolf*, 1973, pp. 219 y ss.; Schnapp, *Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, pp. 229 y ss.; von Olshausen, *JA*, 1983, pp. 184 y ss.; Stelkens/Stelkens, *StBs*, § 35 marg. 131 con ulteriores referencias; HessStGH ESvGH 21, p. 1 (p. 14: “supergluo”); HessVGH ESvGH 24, p. 45 (50); BverfGE 41, 251, 263 (expulsión en materia escolar). BverwGE 45, 8, 10 y ss. (fomento de la industria cinematográfica), se habla ciertamente de “reglamento especial”, pero bien podría tratarse de una ordenanza, toda vez que el autor constituye un organismo público dotado de personalidad jurídico pública y, además, había un fundamento legal habilitante.

Bibliografía sobre el § 8 I: Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914; *idem*, *Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte*, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 269 y ss.; Bachof, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 287 y ss.; Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, 2a. ed., 1991, pp. 146 y ss.; Henke, *Das subjektive öffentliche Recht*, 1968; *idem*, *Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts*, DÖV, 1980, pp. 621 y ss. (también sobre la relación jurídica); Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, pp. 51 y ss.; Zuleeg, *Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?* DVBI, 1976, pp. 509 y ss.; Pietzcher, *Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*, JuS, 1982, pp. 106 y ss.; *idem*, “Grundrechtsbetroffenheit” in *der verwaltungsrechtlichen Dogmatik*, *Festschrift für Bachof*, 1984, pp. 131 y ss.; H. Bauer, *Subjektive öffentliche Rechte des Staates*, DVBI, 1986, pp. 208 y ss. (en este tema Bleckmann/Bauer, DVBI, 1986, pp. 666 y ss.); *idem*, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, AÖR, vol. 113, 1988, pp. 582 y ss.; Ramsauer, *Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte*, AöR, vol. III, 1986, pp. 501 y ss.; Dietlein, *Der Anspruch auf polizei-oder ordnungsbehördliches Einschreiten*, DVBI, 1991, pp. 685 y ss.; Steinberg, *Öffentlich-rechtlicher Nachbarschutz im Gaststättenrecht*, DÖV, 1991, pp. 354 y ss.; P. Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht*, 1991; Preu, *Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlich rechtlichen Drittschutzes*, 1992; Wittkowski, *Die Beamtenkonkurrentenklage*, NJW, 1993, pp. 817 y ss.; Wahl, *Die doppelte*

*Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts*, DVBI, 1996, pp. 641 y ss.; Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997; R. Schmidt, *Die Stellung des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß*, JuS, 1999, pp. 1107 y ss.; Dürr, *Die Entwicklung des öffentlichen Baunachbarrechts*, DÖV, 2001, pp. 625 y ss.; Wernsmann, *Klagearten und Klagebefugnis im Konkurrentenrechtsstreit*, DV 36, 2003, pp. 67 y ss.; Rupp, *Unsicherheiten zum Thema des subjektiven öffentlichen Rechts*, Festschrift für Badura, 2004, pp. 995 y ss.; Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Rechtsverhältnis*, 2a. ed., 2005; Wernsmann, *Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage*, DVBI, 2005, pp. 276 y ss.

Sobre el § 8 II: Achterberg, *Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung*, Rechtstheorie, vol. 9, 1978, pp. 385 y ss.; *idem*, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnissordnung*, 1982; Häberle, “Das Verwaltungsrechtsverhältnis-eine Problemskizze”, en *idem*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 248 y ss.; Fleiner-Ferster/Ohlinger/Krause, *Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung*, VVDStRL 45, 1987, pp. 152 y ss. (ponencia y debate) con anotaciones de Ehlers, DVBI, 1986, pp. 912 y ss.; Hill, NJW, 1986, pp. 2602 y ss.; Löwer, NVwZ, 1986, pp. 793 y ss.; Schnapp, DÖV, 1986, pp. 811 y ss.; Gröschner, *Das Überwachungsverhältnis*, 1992; Pietzcker, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis-archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf?*, DV 30, 1997, pp. 281 y ss.; Gröschner, *Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses*, DV 30, 1997, pp. 301 y ss.; von Danwitz, *Zu Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnisslehre*, DV 30, 1997, pp. 339 y ss.; Peters, *Nebenpflichten im Verwaltungsrechtsverhältnis?*, DV 35, 2002, pp. 177 y ss.; Waldhoff, *Vertrauensschutz im Rechtsverhältnis*, DStJG, vol. 27, 2004, pp. 129 y ss.

Sobre el § 8 III: Krüger und Ule, *Das besondere Gewaltverhältnis, Referate mit Diskussion*, VVDStRL 15, 1957, pp. 109 y ss.; Evers, *Das besondere Gewaltverhältnis*, 1972; Fuß, *Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger*, DÖV, 1972, pp. 765 y ss.; Erichsen, *Besonderes Gewaltverhältnis und Sonderverordnung*, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 219 y ss.; Ronellenfitsch, *Das besondere Gewaltverhältnis-ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut*, DÖV, 1981, pp. 933 y ss.; *idem*, *Das besondere Gewaltverhältnis im Verwaltungsrecht*, DÖV, 1984, pp. 781 y ss.; Loschelder, *Vom Besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*, 1982; Thiele, *Abschied vom “besonderen Gewaltverhältnis”?* ZBR, 1983, pp. 345 y ss.; Ule, *Rechtsstaat und Verwaltung*, VerwArch 76, 1985, pp. 129 y ss.; Merten (coord.), *Das besondere Gewaltverhältnis*, 1985; Luthe, *Besonderes Gewaltverhältnis und “Sachstrukturen”*, DVBI, 1986, pp. 440 y ss.; *cfr.* Igualmente las referencias indicadas *supra*, en § 6.

Jurisprudencia sobre el § 8 I: BverfG DVBI, 1989, p. 1247 y DVBI, 2002, p. 1633 (pretensión formulada por los concurrentes a la provisión de plaza de funcionario, medidas cautelares); BverwGE 1, 159 (fundamentos del derecho público subjetivo); BverwGE 11, 95; 37, 112 (derecho a intervención policial); BverwGE 16, 187; 30, 347; 80, 270; OVG Münster NJW 1980, p. 2323 (acción planteada por los competidores en el marco de la autorización de actividades industriales); BverwGE 30, 191; 60, 154 (acción planteada por los competidores en el marco del derecho relativo a la obtención de subvenciones); BverwGE 39, 235 (derecho a una decisión discrecional exenta de vicios); BverwGE 64, 186 (derecho a la ejecución de determinadas medidas urbanizadoras); BverwGE 64, 325, 331 y ss. (¿derecho a la observancia de una norma de procedimiento?); BverwGE 75, 285 (legitimación de un extranjero residente en un país vecino para recurrir una autorización en materia de energía atómica); BverwGE 80, 127; 115, 89; BverwG DVBI, 2004, p. 317 (pretensión formulada por los concurrentes a la provisión de plaza de funcionario); BverwGE 89, 327 (relación jurídica y acción declarativa según

### C. El llamado reglamento especial

El reglamento especial es una creación doctrinal. Con él se alude a las *normas jurídicas* dictadas por el *Ejecutivo para regular las relaciones jurídicas especiales* (o relaciones de sujeción especial). Toda vez que, en la actualidad, las clásicas relaciones de sujeción especial (funcionariales, escolares, penitenciarias) deben ser reguladas mediante ley y de hecho lo son (*cfr. supra*, § 6 margs. 17 y ss.), el reglamento especial queda únicamente para las relaciones de utilización de los establecimientos y servicios públicos, tales como el uso de una biblioteca o el régimen interno de la universidad en el marco de su potestad de autoorganización. Aparte de esto, no debe desconocerse que la figura del reglamento especial aún está fuertemente impregnada de las ideas de la vetusta y en el *interin* ya superada doctrina de las relaciones de sujeción especial. En particular todavía existen al respecto diferentes concepciones. Mientras que Wolf, Bachof y Stober exigen una habilitación legal, si bien también admiten excepciones (períodos transitorios, decisiones de escasa relevancia), Böckenförde y Grawert son de la opinión de que el Ejecutivo, en virtud de su poder originario de normación, está facultado para dictar reglamentos especiales sin necesidad de una habilitación específica. Esto confirma el temor expresado *supra*, marg. 30 de que las ideas tradicionales sobre la relación de sujeción especial reaparezcan de nuevo, si bien bajo otro nombre y repintadas con el barniz del Estado de derecho. Según el derecho constitucional en vigor, no obstante, el Ejecutivo sólo puede aprobar normas jurídicas en el marco del artículo 80 I GG. Si un “reglamento especial” satisface los requisitos del artículo 80 I GG, se trata entonces de un reglamento de aplicación de la ley (la denominación de reglamento especial resulta entonces superflua, pero también inofensiva). En lo demás, las regulaciones de la utilización de los establecimientos y servicios públicos deben ser calificadas como ordenanzas o como actos administrativos (resoluciones generales). Si en el caso concreto esto no es posible, el “reglamento especial” resulta inadmisibles.

§ 43 I VwGO); BverwGE 98, 118, 120 y ss. (aplicación de la teoría de la norma de protección); BverwGE 101, 157 (protección contra el ruido); BverwGE 101, 364, 371 y ss. (regulación legal de la protección vecinal según artículo 14 I 2 GG); BverwGE 107, 215 (vulneración legal en el sentido del § 47 II VwGO, el mandato de ponderación como norma de protección); BverwGE 112, 135 (invocación abusiva de la propiedad formal de una finca para fundamentar la legitimación). *Cfr.* Adicionalmente las referencias en el texto, especialmente en el tema de derechos de vecindad en el ámbito urbanístico).

Sobre el § 8 III: BverfGE 33, 1 (ejecución de pena: control de la correspondencia); *cfr.* además las referencias indicadas *supra*, en § 6.