

RAINER WAHL

LOS ÚLTIMOS
CINCUENTA AÑOS
DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ALEMÁN

Prólogo a la edición española de
José María Rodríguez de Santiago

Traducción de
José Carlos Mardomingo

Revisión de la traducción por
José María Rodríguez de Santiago

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA | 13 |
| PRÓLOGO DEL AUTOR | 21 |
| ABREVIATURAS | 23 |
| A. ¿PARA QUÉ UNA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO VIGENTE? | 25 |
| B. LA FASE FUNDACIONAL DEL DERECHO PÚBLICO EN LOS AÑOS CINCUENTA..... | 32 |
| I. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE LA FASE FUNDACIONAL | 32 |
| 1. La Ley Fundamental como centro | 32 |
| 2. La fase fundacional de una sociedad posterior a una dictadura | 34 |
| 3. La imagen del hombre tras la subjetividad jurídica.. | 37 |
| 4. Consecuencias de la fundamental subjetivación del Derecho..... | 42 |
| 5. Las modificaciones de fondo en el ejemplo de la prohibición con reserva de autorización | 44 |
| 6. El significativo papel de la jurisprudencia..... | 46 |
| 7. Los diferentes cometidos de la Constitución en la fase fundacional y posteriormente..... | 51 |

| | Pág. |
|---|-----------|
| II. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO PÚBLICO EN LA PRIMERA FASE DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO | 54 |
| 1. Panorama general de las peculiaridades fundamentales del Derecho alemán..... | 54 |
| 2. El Derecho administrativo marcado por los derechos fundamentales | 60 |
| 3. El cometido específico de la parte general del Derecho administrativo como instancia mediadora entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo especial..... | 64 |
| 4. El Derecho administrativo de orientación judicial... | 66 |
| 5. La juridización como característica general del Derecho público tras 1949..... | 68 |
| C. DESARROLLOS JURÍDICOS TRAS LA FASE FUNDACIONAL: RESPUESTAS A CAMBIOS SOCIALES Y A NUEVAS FUNCIONES DEL ESTADO | 70 |
| I. Cambio social – nuevas funciones del Estado – reacción compleja del Derecho | 70 |
| 1. Limitación del tema a las reacciones del Derecho administrativo | 70 |
| 2. Acerca de la dependencia del Derecho administrativo respecto de las funciones del Estado | 73 |
| II. LA PLANIFICACIÓN Y EL DERECHO DE LA PLANIFICACIÓN DEL TERRITORIO | 76 |
| 1. La reacción del Derecho a la nueva función estatal en tres planos de reflexión | 76 |
| 2. Algunas peculiaridades de la planificación jurídicamente relevantes..... | 79 |
| 3. De la función estatal de la planificación a la dogmática del Derecho de la planificación | 80 |
| 4. Interacciones entre doctrina y jurisprudencia | 84 |
| 5. Transferencia de los criterios a otras decisiones de carácter planificador, especialmente, a la planificación sectorial | 88 |
| 6. El Derecho urbanístico como ejemplo paradigmático de la significación del Derecho judicial..... | 90 |

| | Pág. |
|--|------------|
| III. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DERECHO MEDIOAMBIENTAL | 91 |
| 1. El surgimiento de un nuevo campo del Derecho | 91 |
| 2. La legislación del Derecho medioambiental de orientación sectorial | 93 |
| 3. El debate planteado en el Derecho medioambiental en los tres planos de reflexión | 97 |
| 4. Acerca del cometido de la jurisprudencia..... | 102 |
| 5. Resoluciones complejas en el Derecho medioambiental | 105 |
| 6. La impronta constitucional del Derecho medioambiental | 108 |
| 7. El Derecho medioambiental como Derecho europeizado desde sus inicios..... | 111 |
| IV. RIESGO | 113 |
| 1. El riesgo como nuevo concepto central | 113 |
| 2. Del concepto jurídico de riesgo al Derecho de la sociedad del riesgo..... | 116 |
| 3. Riesgo – prevención – peligro..... | 118 |
| 4. Impronta constitucional | 119 |
| 5. Acerca del Derecho de la técnica..... | 122 |
| V. PRIVATIZACIÓN – DESREGULACIÓN – ACELERACIÓN..... | 122 |
| 1. Desregulación, privatización y aceleración como objetivos políticos o de política legislativa | 122 |
| 2. Campos de la política legislativa | 124 |
| 3. El plano de la teoría del Estado | 130 |
| 4. Derecho del Estado como garante y Derecho de la regulación | 133 |
| 5. Europeización e internacionalización | 136 |
| 6. Continuación del cambio de funciones estatales y de la evolución del Derecho público | 138 |
| 7. La «Nueva Ciencia del Derecho administrativo» | 139 |
| D. EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN: LA SEGUNDA FASE DEL DERECHO PÚBLICO BAJO LA LEY FUNDAMENTAL..... | 149 |
| I. EL FUNDAMENTAL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DE UN ORDENA- | |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| MIENTO JURÍDICO AUTÓNOMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UN ESTADO MIEMBRO | 149 |
| II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA EUROPEIZACIÓN COMO FENÓMENOS COMPARABLES..... | 153 |
| III. INTERACCIONES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES ENTRE SÍ Y CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO | 159 |
| E. CONCLUSIÓN..... | 163 |

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

«La historia del Derecho vigente se revela como la atmósfera del diálogo con otros ordenamientos, pero, al mismo tiempo, también, como la atmósfera que permite ahondar en el conocimiento propio». Esta frase de Rainer Wahl en la introducción de la obra que yo tengo el honor de presentar explica el propósito que le llevó a realizarla y me sirve a mí para explicar los motivos por los que me decidí a promover su publicación en castellano. A día de hoy, es evidente que la «senda evolutiva» (otra expresión del Prof. Wahl) que el Derecho público alemán emprendió en 1949 ha dejado una profunda huella en la «senda evolutiva» del Derecho público español que se inició en 1978, muy especialmente (aunque no solo) a través de la jurisprudencia de los años «fundacionales» del Tribunal Constitucional. Entre los modelos que estaban a disposición del Tribunal para llevar a cabo su tarea de garantizar el respeto a la Constitución recién aprobada el Tribunal se decidió fundamentalmente por el alemán; y el resultado —ya tantas veces explicado— de la «constitucionalización» no solo del Derecho público, sino de todo el ordenamiento jurídico, inauguró en los años ochenta en España un método para el Derecho público que había irrumpido con fuerza extraordinaria en Alemania en los años cincuenta.

Se ha recordado muchas veces que, en aquel momento de la Historia reciente española, de repente apareció a los ojos de todos los interesados en la cuestión como una evi-

dencia que la Constitución española, al definir las bases fundamentales de la configuración jurídica del Estado español, sentaba también las de la Administración (a estos efectos, era indiferente que esta se entendiera subjetiva u objetivamente); más todavía si se tiene en cuenta que la evolución del principio del Estado social ha permitido decir del Estado actual en los países de nuestro entorno que es, sobre todo, un «Estado administrativo». Las decisiones constitucionales relativas a los derechos fundamentales (que vinculan a todos los poderes públicos), al Derecho de organización (separación de poderes, organización en Comunidades Autónomas, autonomía local, etc.), a las fuentes del Derecho (reserva de ley y potestad reglamentaria), a los principios del ordenamiento jurídico (legalidad, interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica, responsabilidad de los poderes públicos), a los fines del Estado social (dignidad de la persona, medio ambiente, prestaciones sociales, etc.), empezaron a determinar «desde arriba» la totalidad del sistema de Derecho administrativo, aunque —por descontado— dejaran espacio para que el legislador ordinario regulara las correspondientes materias con un amplio margen de libertad configuradora.

El bloque de la legislación jurídico-administrativa aprobada durante el régimen político anterior (Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, Ley de Expropiación Forzosa de 1954, Ley de Contratos del Estado, Ley de Patrimonio del Estado, etc.) continuó vigente y solo fue siendo sustituido lentamente. Pero la entrada en vigor de la Constitución hizo que casi todo se viera de forma distinta. Los mismos preceptos, interpretados conforme al nuevo «orden de valores» (hasta en la terminología era patente el origen alemán del nuevo método para el Derecho público), tenían un contenido imperativo distinto. Normas que aparentemente tenían poco que ver con «materia constitucional» como, por el ejemplo, el (preconstitucional) art. 132 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, relativo a la aprobación definitiva de los planes urbanísticos, desde los últimos años ochenta, se «llenaron» literalmente de eficaces criterios interpretativos (control de legalidad y de oportunidad, interés local o supralocal, etc.) que la jurisprudencia (en este caso, la del Tribunal Supremo) extraía directamente de los precep-

tos constitucionales que garantizan la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE)¹.

Y, allí donde la contradicción entre el Derecho anterior y la Constitución fuera insalvable, se reconocía al juez ordinario, sin necesidad (aunque, en determinados casos, con la posibilidad) de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la facultad de considerar derogado (eficacia directa del apartado 3 de la disposición derogatoria de la Constitución) el precepto correspondiente: limitaciones a la legitimación del art. 28.1 b) LJCA de 1956, inimpugnabilidad del acuerdo de necesidad de ocupación establecida en el art. 22.3 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, sanciones de plano², preceptos de la legislación local contrarios a su autonomía constitucionalmente garantizada³, etcétera⁴.

El nuevo método que la entrada en vigor de la Constitución inauguró para el Derecho público tuvo también sus consecuencias en las relaciones entre las comunidades científicas de las disciplinas académicas afectadas, especialmente la de los constitucionalistas y los administrativistas. Por primera vez se superaba en nuestra historia de la ciencia jurídica la barrera que separaba el Derecho político (consistente en una introducción más o menos especulativa sobre la sociedad y el Estado constitucional —soberanía, separación de poderes, etc.— y una Historia política de España, sin análisis detallado del texto constitucional correspondiente a cada etapa) y un Derecho administrativo «acéfalo», sin un marco jurídico-estatal y valorativo concreto, en el que la Administración exista y funcione⁵. Por supuesto, hubo reaccio-

¹ Puede verse sobre esto el conocido trabajo de Javier DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento*, Madrid, 1993, pp. 69 y ss.

² Sobre esto, tempranamente, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, 1983, pp. 243 y ss.

³ Como se sabe, una de las primeras sentencias constitucionales declaró, precisamente, la inconstitucionalidad de varios preceptos de la legislación local de 1955 por este motivo; STC 4/1981, de 2 de febrero.

⁴ Sobre la derogación por el art. 21 CE del régimen de autorización previa para ejercer el derecho de reunión pacífica y sin armas en lugares de tránsito público que establecía la Ley 17/1976, STC 36/1982, de 16 de junio, en especial, FJ 3.

⁵ Sobre esto, con detalle, Alfredo GALLEGU ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102 (vol. 1, 1983), pp. 738

nes de inercia, como la representada (desde la distancia, hoy, con la fuerza de un símbolo) por el conocido debate entre Pablo Lucas Verdú, con su reproche del «Derecho constitucional como Derecho administrativo»⁶, y Eduardo García de Enterría, con la respuesta del «Derecho constitucional como Derecho»⁷. Pero el cambio iniciado enérgicamente en aquellos años ha conducido a que quienes se dedican al Derecho constitucional y al Derecho administrativo hoy hablen, en buena parte, el mismo lenguaje del Derecho público español (y, hay que añadir, europeo).

No tengo intención ni de resumir, ni de glosar esta obra del Prof. Wahl, que habla expresivamente por sí misma. Me interesa solo destacar muy brevemente algunos aspectos de ese «diálogo con el otro» que sirven para entenderse mejor a sí mismo. En su clara y (desde el punto de vista metodológico) eficaz elección de los tramos evolutivos del Derecho público alemán el autor se refiere a dos fases de relevancia trascendental: la «fundacional» (años cincuenta), en la que se lleva a cabo la mencionada «constitucionalización» del Derecho legal; y la «europeización», o segunda fase de transformación de todo el Derecho legal, como consecuencia de su inserción en el marco de otro ordenamiento supraordenado («la transformación de un ordenamiento jurídico autónomo en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro»). El resto de las etapas evolutivas se presenta, más modesta pero muy agudamente, como la respuesta del Derecho administra-

y ss.: «es sobre todo el diferente talante intelectual del Derecho político (beligerancia teórico-política) y el Derecho administrativo (férreo modelo abstracto político administrativo frente a la Constitución vigente que, después, se interpretará a lo buen conservador legista) lo que separa a ambos saberes ya desde su nacimiento» (p. 742, en nota 50). Más recientemente, del mismo autor, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Madrid-Barcelona, 2002: a pesar de que «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido en los últimos años un verdadero motor para impulsar el Derecho constitucional y administrativo español» (p. 323), se refiere el autor a la dificultad de crear un «corpus de Derecho público en España» por la separación de las áreas de conocimiento y de las asignaturas en los planes de estudio (pp. 329 y ss.).

⁶ P. LUCAS VERDÚ, «El Derecho constitucional como Derecho administrativo. (La ideología constitucional del Profesor García de Enterría)», *Revista de Derecho Político*, núm. 13 (1982), pp. 7 y ss.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El Derecho constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político*, núm. 15 (1982), pp. 7 y ss.

tivo y de la disciplinada Ciencia del Derecho administrativo alemana a cambios sociales y a nuevas funciones del Estado, que van apareciendo en décadas sucesivas: la planificación (años sesenta), la protección del medio ambiente (años setenta), la regulación de la técnica y la gestión del riesgo (años ochenta) y la privatización y la desregulación (años noventa).

Se diseña, así, un esquema evolutivo que traza muchas líneas paralelas al del Derecho público español (y, sin duda, también, el de otros países europeos de nuestro entorno) de las últimas décadas. Pero el ritmo en la evolución de las etapas tiene su importancia. Después de una década (la de los cincuenta) en la que el Derecho público alemán trabajó deslumbrado por la irradiación *sustantiva* de los preceptos constitucionales sobre el Derecho administrativo (lo mismo que nosotros hicimos en los años ochenta: derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, tutela judicial efectiva, control judicial de la Administración y discrecionalidad, autonomía local, etc.), la atención allí empezó a centrarse en aspectos «menos materiales» del Derecho administrativo: el *procedimiento* y la *organización*. Creo que es en estos dos ámbitos de nuestro Derecho público donde el análisis comparativo más puede detectar las consecuencias de los treinta años de diferencia en el recorrido, en los que la doctrina española necesariamente estaba prestando atención a otras cosas.

Si se piensan las cosas con la suficiente reflexión, fácilmente puede caerse en la cuenta de que la respuesta del Derecho administrativo a la planificación (decisión sobre prioridades en un procedimiento en el que se han identificado y ponderado todos los intereses relevantes) y a las ideas de incertidumbre, riesgo y cautela, derivadas del desarrollo de la ciencia y la técnica y presentes en cualquier regulación del Derecho medioambiental o de la técnica (evaluaciones y análisis, dictamen de expertos, garantías para la elaboración de normas técnicas, etc.) es pocas veces una respuesta consistente en reglas materiales (o —la terminología ya es conocida— programas condicionales). La planificación, el medio ambiente y el riesgo, sobre todo, se gestionan con *procedimientos*. Y el tipo de procedimientos adecuados para la adopción de estas decisiones complejas (muy distinto del

procedimiento con uno o varios interesados que sirve de modelo al Derecho procedimental de la concreta intervención de la Administración de policía) ha sido el material empírico utilizado para que la ciencia jurídico-administrativa alemana desarrolle una más omnicomprendensiva teoría del procedimiento, que, entre nosotros, todavía está en sus comienzos⁸. En materias como las reguladas por el Derecho de la técnica y la gestión de riesgos, por otra parte, el procedimiento es solo la cara visible de un problema de fondo que —como destaca Wahl— afecta de lleno al principio democrático, como es el del reparto de responsabilidades entre el Estado y la Ciencia al adoptar decisiones sobre materias con respecto a las que existe incertidumbre: ¿quién decide ante el riesgo, el órgano estatal legitimado democráticamente o el científico experto que interviene en el procedimiento?⁹

Algo análogo puede decirse de la respuesta del Derecho administrativo a la privatización y a la desregulación (derivada de la globalización y la competencia entre sistemas económicos) con respecto al *Derecho de organización*. Es más que conocida la idea de que la circunstancia de que el Estado deje al mercado la realización de tareas antes realizadas por él no puede significar que el Estado se retire por completo de esos ámbitos. Aquí es, en buena parte, una construcción ampliada del Derecho de organización, que —en síntesis— concrete en reglas jurídicas la distribución de responsabilidades entre los diversos agentes, la mejor respuesta del Derecho

⁸ Esa ampliación de la perspectiva del Derecho regulador del procedimiento administrativo ya se encuentra, por ejemplo, en Juli PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, 2001; y en la obra colectiva de Javier BARNES (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008. Utilizando material del Derecho medioambiental europeo, Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo», *Revista Española de Derecho Europeo* (en prensa).

⁹ Sobre esto, José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2009: «son las instancias políticas y jurídicas las que han de decidir; pero estas, a su vez, se remiten a la ciencia en la búsqueda de unas certezas que allí, con frecuencia, no encuentran» (p. 18); «[...] unas instancias públicas de decisión y regulación que invocan su legitimidad constitucional, pero que ceden la decisión a instancias que solo alegan el título del conocimiento experto» (p. 19).

administrativo. Al Derecho de organización de corte clásico (ni siquiera este ha suscitado en España, en general, mucho entusiasmo intelectual)¹⁰ le faltan instrumentos para cumplir esa función.

El lector en español de Derecho público pudo conocer el empeño alemán de reforma metodológica del Derecho administrativo autodenominado como «nueva ciencia del Derecho administrativo», al menos, a través de la traducción al castellano de la obra de uno de sus líderes intelectuales, Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.ª ed., Heidelberg, 1998 (*La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons-Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003). Sus propuestas metodológicas han sido relativamente bien recibidas en nuestro país. No es infrecuente encontrar la terminología característica de «la reforma» en obras de Derecho administrativo español de los últimos años: sectores de referencia, organización y procedimiento como recursos directivos de la actuación administrativa, ciencia de la dirección, normas de control y normas de actuación, etc. Yo mismo me serví, en buena parte, de ella en mi *Administración del Estado social* (Marcial Pons, 2007), en gran medida fruto del estudio en una estancia de investigación en la

¹⁰ El que aquí se denomina Derecho de organización de corte clásico, como se sabe, fue conducido a un extraordinario grado de precisión en la obra de Hans Julius WOLFF, en especial en su *Organschaft und juristische Person* (t. 1: *Juristische Person und Staatsperson*, Berlin, 1933; y t. 2: *Theorie der Vertretung*, Berlin, 1934). De su exposición del Derecho de organización en el conocido manual con BACHOF (las antiguas ediciones del *Verwaltungsrecht II*) se sigue diciendo que «no ha sido superada» (EHLERS, en ERICHSEN/EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.ª ed., Berlin, 2006, p. 160). El mérito de construir con esa precisión —utilizando el material del Derecho positivo español, pero siguiendo la pauta de WOLFF— el Derecho de organización en España corresponde —a mi juicio— a GALLEGO ANABITARTE, en especial, en sus obras: *Derecho general de organización*, Madrid, 1971; «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *RAP*, núm. 122 (1990), pp. 7 y ss.; *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, 1992; en las diversas ediciones de su *Derecho Administrativo I. Materiales*, con Ana DE MARCOS; y, con otros profesores de la Universidad Autónoma de Madrid, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid, 2001.

Universidad de Heidelberg, el mismo año en que se jubilaba el Prof. Schmidt-Aßmann. Rainer Wahl, que se autodefine como «representante de una vieja ciencia del Derecho administrativo», formula en esta obra una aguda crítica a ciertos aspectos de esa «nueva ciencia del Derecho administrativo» —especialmente, cuestiona que sea válida para la sistematización de todas las funciones administrativas distintas de aquellas (la privatización y la desregulación) en cuyo contexto se inició la reforma—, que puede dar que pensar al conocedor de la materia.

Algunas palabras merece la intrahistoria de esta traducción. La agudeza en la selección de los tramos temporales y los temas relevantes para hacer esta brillante exposición de la evolución de cincuenta años del Derecho público alemán me impactó al leer el libro durante las primeras semanas de una estancia de investigación en la universidad de Friburgo (Alemania), en 2011. La casualidad hizo que, pocos días más tarde, el Prof. Jens-Peter Schneider (recién llegado a esa Universidad) me presentara personalmente al Prof. Wahl. En varios encuentros posteriores con él se fue definiendo la posibilidad de coordinar los trabajos —tras mi regreso a España— que hicieran posible una traducción del libro al castellano. Ya en Madrid, me puse en contacto con José Carlos Mardomingo (excelente traductor de alemán: a mí me basta con remitir a su traducción de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Immanuel Kant, Barcelona, Ariel, 1996), quien, a pesar de no ser jurista (aunque sí un perfeccionista en cualquier ámbito en que trabaje), aceptó el encargo. Yo asumiría la tarea de hacer una revisión posterior desde la perspectiva del específico lenguaje y la terminología del Derecho público. Otra vez se me brinda la oportunidad de manifestar mi agradecimiento a Juan José Pons, que, al conocer los primeros resultados del proyecto, me ofreció la editorial Marcial Pons para la publicación. Agradezco también a José Cabrera (en la actualidad, precisamente, en la Universidad de Friburgo) la ayuda prestada en la fase de corrección de pruebas.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Universidad Autónoma de Madrid, noviembre de 2012

PRÓLOGO DEL AUTOR

Este trabajo tiene su origen en la conferencia que pronuncié el 12 de enero de 2005 ante la Sociedad Jurídica de Berlín. Ha superado los límites de una conferencia, pero ha conservado la forma de una conferencia ampliada. Esta circunstancia tiene sus repercusiones. Una exposición completa y que no deje ningún aspecto sin tratar no es posible en el siguiente marco. Las citas no tienen pretensión alguna de exhaustividad. En aras de la brevedad, siempre que trabajos propios concretan el asunto abordado u ofrecen más detalles, se remite a ellos.

Friburgo, 25 de enero de 2006

A. ¿PARA QUÉ UNA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO VIGENTE?

En este *año de Schiller* no estará de más formular la pregunta de partida como sigue: ¿para qué y con qué finalidad se estudia la historia del Derecho *vigente**? El interés no se dirige al sentido y la utilidad de la historia del Derecho en general¹, sino, más exactamente, al sentido de una historia de la evolución del Derecho vigente. La cuestión es si existe alguna necesidad de historizar precisamente el Derecho actual y si esa historización tiene algún valor por sí misma, un valor añadido respecto del habitual tratamiento dogmático-interno. Las reflexiones que siguen abordan (fragmentos de) la historia del Derecho constitucional y administrativo, no la historia de la ciencia del Derecho, por lo tanto, tampoco la historia de la ciencia del Derecho constitucional o la historia de la ciencia del Derecho administrativo².

* *N. del T.*: En 2005 se celebró el segundo centenario de la muerte del literato alemán Friedrich Schiller. El autor juega con el título —casi proverbial en Alemania— de la lección con la que Schiller tomó posesión de su cátedra en la Universidad de Jena en 1789: *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?*, es decir, «¿Qué significa y con qué finalidad se estudia la historia universal?».

¹ A ese respecto, formulando una pregunta retórica, OGOREK, «Warum noch Rechtsgeschichte?», en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pp. 12, 34 y ss. Todo ese trabajo trata de las dudas a que se ha visto sometida esa disciplina (dudas tanto ajenas como propias) y de las justificaciones que se han empleado contra ellas.

² La historia de la ciencia del Derecho público ha sido tratada de forma tan profunda como amplia por STOLLEIS, *Geschichte des Öffentlichen Rechts*

El estudio apunta a una *historización del Derecho público vigente* en su conjunto; por ello no quiere limitarse a yuxtaponer historias del desarrollo de figuras e instituciones dogmáticas concretas. Solo se podrá entender el Derecho público alemán de las últimas décadas si se identifican sus peculiaridades específicas³. La historización efectuará una aportación decisiva a la consecución de ese objetivo cognoscitivo si interpreta el recomienzo tras 1945-1949 y la ulterior evolución situándose en el punto de vista de aquel tiempo y de sus ideas rectoras. Habitualmente, los hitos de la evolución dogmática resultan no solo de procesos internos al Derecho, sino que, además, toman su impulso y, sobre todo, la fuerza que les permite abrirse paso de un ambiente intelectual, de un entorno que favorece su eficacia⁴.

in Deutschland, vol. 1-3, 1988, 1992 y 1999, e *id.*, «Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland», en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft* (nota 1), pp. 227 y ss. Acerca de la historia de los métodos, BUMKE, «Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland», en SCHMIDT-AßMANN/HOFFMANN-RIEM (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, pp. 73 y ss.

³ A ese respecto ya WAHL, «Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949», en *id.*, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, p. 412, nota 3: la historización concibe el Derecho vigente como un Derecho que en sus peculiaridades y en su espíritu obedece a una determinada época. Esa ubicación en determinadas situaciones dadas al comienzo o más tarde no excluye que ese Derecho haya caído bajo el influjo determinante de ideas de fondo distintas y nuevas. Acerca de la historización de la sentencia *Lüth id.*, «Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich», en MERTEN/PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. 1, 2004, § 19, núms. 12 y ss. [= *id.*, en HENNE/RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Der Konflikt um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, 2005, pp. 371, 383]. [N. del T.: En esa importante sentencia *Lüth*, de 15 de enero de 1958, el Tribunal Constitucional Federal —al anular la condena que obligaba al publicista Erich Lüth a indemnizar a la distribuidora de una película los daños y perjuicios derivados del boicot a la misma promovido por Lüth, quien consideraba antisemita a su director— entendió que en las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, entre ellos, al derecho a la libertad de expresión, se encarna un «orden de valores objetivo» que debe informar todas las áreas del Derecho, también las que regulan las relaciones jurídicas entre particulares].

⁴ Acerca de ese programa WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núm. 28.

De esa forma, la historización del Derecho vigente⁵ —la variante de la misma que aquí hemos elegido— está, también —y de lleno—, al servicio del autoconocimiento. Lo central para ella no es sencillamente la línea evolutiva histórica que une el presente con su origen en el pasado, sino, dirigiendo la mirada en sentido inverso, las huellas permanentes que han dejado en el Derecho actual sus comienzos (o momentos posteriores de su evolución). En lo que respecta al Derecho público posterior a 1949, interesa aquí la cuestión de si las condiciones iniciales de su evolución, dadas en aquel entonces, grabaron en él una orientación y una configuración específicas, una ley —por así decir— conforme a la cual el Derecho público comenzó en aquel momento su andadura y bajo cuyo dominio sigue estando aún hoy en día⁶.

Detrás de ese especial interés por la época inicial se sitúa la presunción de que al principio tienen lugar fenómenos decisivos que marcan el camino a seguir y cuyos efectos son más duraderos y profundos que las meras innovaciones habituales.

La mirada intradogmática al uso permanece en el presente y atada a sus problemas interpretativos, aun cuando de forma pasajera preste atención a la época de los comienzos.

⁵ Primeros acercamientos a la historización de la forma de entender los derechos fundamentales y la sentencia *Lüth* en WAHL, «Die objektive Dimension» (nota 3), § 19, núms. 12 y ss. [= *id.*, en HENNE/RIEDLINGER (eds.), *Das Lüth-Urteil* (nota 3), p. 383]. Se encuentra un programa de historización explícito en HENNE/RIEDLINGER, «Zur Historisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – ein Programm und seine Folgen», en *id.* (eds.), *Das Lüth-Urteil* (nota 3), pp. 1 y ss.; Henne y Riedlinger entienden por historización, programáticamente, una forma de abordar la cuestión «que considera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no solo desde ella misma y centrándose en el sustrato jurídico de sus resoluciones, sino que también dirige su mirada al entorno y a las circunstancias de su génesis». —Ya JESTAEDT, «Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen— Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung», en RILL (ed.), *Grundrechte – Grundpflichten: Eine untrennbare Verbindung*, 2001, pp. 67 y ss., exige una historización de la resolución *Lüth*; cfr., también, más arriba, la nota 3.

⁶ Por ello la argumentación no parte del final provisional de la evolución en el presente, sino que la historización dirige su mirada a la época del surgimiento como tal (o a un estadio intermedio en el camino hacia el actual modo de entender las cosas): interesan las condiciones y el trasfondo intelectual de aquel entonces.