

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*, traducción francesa de la 9a. edición alemana de 1966 por Michel FROMONT, Bruselas: Établissements Émile Bruylant, 1969, 754 pp.

1. En la fase autoritaria española de los cincuenta, el Instituto de Estudios Políticos de Madrid publicó una versión castellana de este clásico del pensamiento nacional-socialista, en materia de derecho administrativo. Ante la imposibilidad de encontrar una editorial francesa, es en Bélgica donde el autor de "El Estado total" (*Der totale Staat*, 1933) inició una proyección fuera de su cuna totalitaria en lo ideológico, y cuando ya su *Tratado*, concebido en los años cuarenta, se encuentra envejecido en su información y notoriamente superado en la República Federal de Alemania por las obras generales de derecho administrativo encabezadas por el profesor H.J. WOLFF desde los años sesenta, ahora conjuntamente con el maestro O. BACHOF (obra culminada, *Verwaltungsrecht* 1,11 y III, de 1974 a 1978 y reasumida como tercera firma, por R. STÖBER en los ochentas).

Esta última corriente, la democrática, intenta superar, no sólo en Alemania sino en España (GARCÍA DE ENTERRÍA), en Francia (DEMICHEL, Georges DUPUIS, GLEIZAL, MAZÉ-RES, PEISER, PRIEUR), y en nuestra América (SILVA-CIMMA, BACACORZO, Arturo GONZÁLEZ COSÍO, CASSAGNE, MARÍN-QUIJADA, MARTÍNEZ-MORALES, MARTINS, GORDILLO), la radicalidad que el autor aquí recensionado personifica, en cuanto reivindicación de autoritarismo y "tecnicidad" para el aparato administrativo.

El profesor mexicano José LÓPEZ-PORTILLO Y PACHECO señaló oportunamente las consecuencias institucionales que tiene, en estos finales de siglo, la lucha intelectual contra la *resistible* expansión en América Latina de

"Una mancha negra de fascismo, que tiene como una de sus características el establecimiento de un orden económico en el que se protege a una clase detrás de la cual hay todo un aparato de coacción y de violencia para garantizar los intereses que se extienden a un régimen transnacional en el que está oculta una clase que está perdiendo nacionalidad o que ya la ha perdido" (Ciudad de México: *El Nacional*, junio 9 de 1976, pp. 1-7).

Pensamos, en esa perspectiva, que sería no sólo oportuno sino necesario que quienes se interesan en las cuestiones del derecho administrativo y de la administración pública tengan clara conciencia de los extremos a que apunta FORSTHOFF con una obra que tan sospechosa aceptación tuvo en los setentas por parte de las administraciones más regresivas de América (Chile,

Brasil), al decir del maestro chileno SILVA-CIMMA. En este sentido, esclarecedor de una doctrina autoritaria, apuntaremos algunos temas de este tratado, cuyo plan comprende seis partes: *Naturaleza e historia* (pp-33—209), *Las reglas y su aplicación* (202- 305), *Teoría de la acción* (307-453), *Régimen de las reparaciones* (455-530), *Las prestaciones administrativas* (531-617) y *Las autoridades y la organización administrativas* (619-748).

I

2. Para FORSTHOFF, el Estado es un ente situado por encima (p.55) e independiente de los ciudadanos (p.177). Su autoridad está por encima de la regla de derecho (pp.55 y 350). No admite una limitación de sus derechos públicos que sea jurisdiccionalmente deslindable (p.653): no se concibe que un proceso objetivo pueda ser suscitado por los ciudadanos legítimamente interesados en la regularidad interna de la administración. Hay una aparente renuencia del autor para pronunciarse sobre las relaciones entre Derecho y Estado (p.292): Pero, por debajo de ella, la tendencia totalitaria, inmanente a toda su concepción del derecho administrativo, lo lleva a desconocer la vigencia de la persona humana, en cuanto jurídicamente respetable y titular de derechos objetivos con anterioridad al Estado (*ibidem*). Por el contrario, considera que la limitación de éste emana abstractamente del orden jurídico (*ibidem*) y no de la acción política concreta, de quienes, *ciudadanos* responsables, no admiten ser tratados como meros *súbditos*,

3. El autor rechaza la supremacía de la Constitución, Siguiendo a Otto MAYER, la coloca en el plano de lo contingente (p.60 en nota), de lo eventualmente prescindible o de lo que se encuentra reducido al plano de las buenas intenciones (p.94).

Pretende así evitar la por él pretendida "confusión" entre lo constitucional y lo administrativo, encerrado éste en marco formal y rígido (pp.44 y 208); pretexto para ello que habría inconveniencia científica en fundar el derecho administrativo en consideraciones de principio referentes a la "estructura constitucional" (p.43). Dicha suerte de "evitación axiológica" no le impide remitirse al teórico nacional socialista Cari SCHMITT (p.208 nota 3), en cuanto a ese mismo tema.

4. Este tratadista presenta al Estado de Derecho como una ideología (p.81) en ocaso (p.112). Algo que ya no existe más (*ibidem*) y que no podrá ser resucitado. Pero esto, no con el objeto de sostener una idea nueva, que apunte superadoramente a un horizonte de progreso; sino que, parece más bien nostálgica (pp.43-44 y nota 19) del

"Estado Total" que nuestro autor exaltara ya en Hamburgo en 1933, en pleno auge nacional-socialista. La imposibilidad de su restauración lo lleva a preconizar, mediante un tercer Poder neutro (*ibidem*), la "neutralización axiológica" del Estado, a pretender que hay una contradicción que "los autores de la Ley Fundamental no lograron superar" (p.122) entre Estado de Derecho y Estado Social; esto nos explica que reiteradamente cite de manera trunca (pp. 122 y 299) los artículos 20 y 28 de la *Grundgesetz*, textos que precisamente establecen el imperativo democrático de la administración en la Constitución de Bonn, ahora seguida por la Constitución española de 1978 (art.1).

5. Este *Traité* presenta un aire aparentemente liberal. Llega hasta la invocación, aquí y allá, del Estado de Derecho, pero dichas meras apariencias no logran engañar al lector advertido, que comprende gracias al conjunto de los escritos de FORSTHOFF la ilusión restauradora del militarismo, forjado por la propiedad privada de los medios de producción, en la zona del Rhur, presidido por un dirigismo, el cual se pretende que no resultaba de una voluntad determinada sino de una situación de hecho (p. 126). Dicha ilusión anida, al igual que en su "correligionario" de Gotinga Ernst-Rudolf HUBER, en la referencia a la presunta incompatibilidad de la *Grundgesetz* con la quiebra de posiciones económicas dominantes, dominación contraria a los imperativos democráticos y sociales de dicha Ley Fundamental.

II

6. La ambigüedad entre una apariencia que pretende ser liberal y una inspiración de fondo que es totalitaria (p.40), da por lo pronto origen a incoherencias técnicas entre el derecho administrativo expuesto y el derecho constitucional alemán vigente: el autor expone un derecho bastante envejecido en jurisprudencia y en doctrina, mientras que el vigente no es tenido en cuenta sino cuando su silenciamiento sería flagrante (v.g., p. 465). Por lo demás, aún en casos como éste, en materia de responsabilidad de los funcionarios, se vacía el alcance del artículo 34 de la *Grundgesetz* (p. 465), limitándolo a una consolidación de la jurisprudencia referente al artículo 131 de la Constitución de Weimar (p.464), en lugar de relacionarlo con la totalidad del nuevo sistema constitucional que explica, mejor que aquélla, el significativo reemplazo del "ejercicio del poder público" por el "ejercicio de una función pública". Ello pone de manifiesto la pretensión de mantener criterios de continuidad administrativa, a pesar de la contradicción entre una constitución republicana como la de Bonn, y su antítesis, una constitución *Imperial* como la de Weimar.

Se nota además, una cierta inseguridad terminológica

cuando los vocablos lindan con el derecho constitucional. Esta se manifiesta, por ejemplo, en la repugnancia por el uso del vocablo ciudadano, rara vez empleado; salvo omisión nuestra, sólo aparece en las pp. 129, 133, 538 y 566, y en tales casos se busca neutralizar la gravitación social del ciudadano para mediatizarlo, en función de la administración (p. I 16), en sus relaciones con el Estado. Así, se prefiere reemplazar el término *ciudadano* por uno más vago como *individuo* (p.292), o por vocablos de sentido más bien cosificante como *administrado* (p. 103), *profano* (p.640), *sujeto* (p.187).

Contrastando con la definición democrática (*participativa* en RIVERO) de la doctrina francesa sobre las nacionalizaciones, para FORSTHOFF la administración no supone en cuanto tal una participación de los ciudadanos en su seno: no son éstos los que la forjan para multiplicar, mediante sus servicios y bajo pautas axiológicas que ellos orientan, la dignidad de la persona humana en sociedad. Por el contrario, el autor considera a la administración como algo neutro (p.43), como mera dadora (*Geber*, p.533) de prestaciones, proveedora (p.84), desde arriba. No está sometida a condicionamiento alguno por parte de una base ciudadana, sino que es expresamente distinguida frente a ésta (p.236, nota 71); la dogmática *forsthoffiana* implica así un divorcio total entre el ciudadano y la Administración, que le es ajena.

7. La tecnocracia irrumpe como nueva base de la administración (así pp. 136 y 440). Es en cierto modo, *Ersatz* del añorado partido único (p. 44 y nota 19). Este había evitado transitoriamente los males de los partidos políticos, su "influencia irritante sobre la administración" (p.88); una influencia que el autor cree necesario descartar neutralizando las preocupaciones (p.742), de tales partidos. La pregonada neutralidad (p.738), la exclusión de fines extra-normativos (p.235), enmascara, tras la fachada tecnocrática, el rechazo de una relación permanente de subordinación de la cúspide administrativa frente a la base.

8. La administración "dispone" de los individuos (p.39); éstos son "dependientes" de ella (pp. 134,439,467,472). La paternalista (p. 590) concepción de la *Daseinsvorsorge* (p-533 ss.) hace juego con la afirmación, ciertamente excesiva, de que el *service public* es una noción desquiciada (p.535). Para sostenerlo así, el autor no busca apoyo en la reciente literatura francesa. Se funda, en cambio, en una bibliografía alemana envejecida (*idem*, nota 7), sin perjuicio de acudir también a un escritor que se destaca en la "nueva" doctrina de cuño nacional-socialista (Román SCHNUR). Por lo demás, cuando la *Daseinsvorsorge* llega a desbordar el marco del derecho administrativo, no lo hace en momento alguno (p.535) para orientarse hacia el campo de los

Derechos Humanos y de las Libertades Públicas; no aparece vinculada a las garantías constitucionales del Estado (cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Constitución y empresas públicas", *Alegatos*, No. 12, 1989, pp. 3-13, actualizado ahora en Madrid: Civitas, *Homenaje a E. García de Enterría*, 1991, vol. III), sino sólo al derecho económico, al derecho del trabajo y a la seguridad social (p.535). La administración, para FORSTHOFF, no tiene relevancia de auténtico servicio sino sólo de poder autoritario.

9. Respecto del "bloque de la legalidad", el imperio de la ley formal se presenta rebajado. La *consuetudo abrogatoria* (la costumbre derogatoria de la ley) es un hecho incontestable (p.240). En todos los tiempos ha habido preceptos superados por los acontecimientos, afirmación que trae ecos del *decisionismo* de Cari SCHMITT: en particular, la administración está sólo parcialmente sometida a la ley (p.55). Esta se mueve en el campo de una amplia discrecionalidad (*Ermessen*) que es afirmada como "centro del derecho administrativo" (p.147). No hay allí, para el autor, control posible por los Tribunales administrativos. Y esa libertad respecto del control de juridicidad se aplica también a las relaciones interadministrativas ("internas de la administración") (p.212 y 470), cuyos conflictos se reputan de naturaleza diversa a los que tienen lugar entre órganos constitucionales (p.652, nota 64). Esta concepción, cuestionada empero en la misma Alemania Federal (RUPP), lleva al autor incluso a justificar la independencia de la administración frente al derecho: la administración encontraría su fundamento en sí misma (p.237: *elle est sonpropre fonde- ment*).

III

10. El arcaísmo del *Tratado* se pone de manifiesto en la selección y valoración de la jurisprudencia. No suele ser de fecha muy reciente. Se trata, en general, de aquella correspondiente a los primeros años posteriores a la segunda guerra mundial y excepcionalmente la de los años 60. Y es sintomático que recurra frecuentemente a la jurisprudencia del antiguo Tribunal Imperial (p.191 y nota 31), a pesar de reconocer expresamente que el contenido del derecho administrativo cambia cuando la protección jurisdiccional es constitucionalmente instaurada. Admite que en este caso, las nociones adoptan un nuevo sentido (p.148 nota 5), pero lo olvida cuando se trata de limitar la libertad de prensa (p.446), con criterio de Estado autoritario y ya en camino hacia el nacional-socialismo, según la jurisprudencia liberticida reinante bajo Weimar, la cual fue preparando, según Otto BACHOF, el hundimiento de la República y el advenimiento del "Estado Total"; y también lo olvida cuando los imperativos de un Estado

Democrático y Social de Derecho podrían llevar a reconocer, al legítimo interés, la legitimación procesal del derecho subjetivo (p.502-03 y nota 71). Es una visión fijista de la jurisprudencia (pp.42 y 44, nota 22), que se combina con un arraigado temor al poder creador de los jueces, a la *Richtermacht* exaltada por el maestro BACHOF, y su escuela, en el marco de la *Grundgesetz* de 1949, ahora potenciada por la reunificación alemana de 1990.

11. El manejo de la doctrina es también unilateral. La más reciente doctrina de la segunda mitad del siglo XX, la que tiende a ajustar el clásico derecho administrativo imperial -de los períodos guillermino y nacional-socialista- a los principios republicanos de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, es casi ignorada por FORSTHOFF. No menos significativo es que no aluda —es la traducción de una edición alemana de 1966- a la mayoría de los trabajos de Wolfgang ABENDROTH, Otto BACHOF, Guenter DUERIG, Horst EHMKE, Juergen HABERMAS, Hermann HESSE, Hans-Heirich RUPP, Ulrich SCHEUNER, Klaus STERN, Klaus VOGEL y Reinhold ZIPPELIUS. De por sí, ello basta y sobra para presentar una imagen incompleta, parcializada y parcial, de ese derecho constitucional concretizado que es el derecho administrativo alemán contemporáneo. No falta, eso sí, mención casi sistemática de los principales autores de la tendencia autoritaria: Ernst—Rudolf HUBER, Hans-Peter IPSEN, Theodor MAUNZ, Cari SCHMITT, Román SCHNUR, Werner WEBER.

12. En el autor nacional-socialista es obstinado el silencio respecto de las aportaciones doctrinales recientes en materia de ciencias administrativas. Para no referirnos sino a autores relevantes, no son mencionados Ernst-Wolfgang BOECKENFOERDE, Ralf DAHRENDORF, Thomas ELLWEIN, Niklas LUHMANN, Paul MEYER, Fritz MORSTEIN-MARX, Karl Josef PARTSCH, H. SIEDENTOPF, Werner THIEME, etc. Esta reserva no se justifica dada la naturaleza de su *Traite (lehrbuch)*; máximo que ello coincide con referencias anticuadas (p.76 nota 45), algunas del siglo pasado (p.96 nota 15), y con una presentación calculadamente elogiosa de la *Verwaltungslehre* de Lorenz von STEIN, cuya actualización (p.98) se vincula justamente a Rudolf SMEND y su escuela de la doctrina de la integración (p.99), tratando empero de dejar de lado en esa actual "vuelta a Stein" la innegable raíz democrática que ese pensamiento tenía para el siglo XIX (*ibidem*).

Si bien el *Tratado* llega a mencionar a la ciencia política para la galería (p.736), lo cierto es que la desconoce en Lorenz von STEIN (p.98). En general, tiende a despreocuparse aparentemente de ella, en beneficio de una fachada de "neutralidad científica", a cuyo significado de fondo ya nos hemos referido más arriba.

13- Es comprensible que el autor tenga "complejos" para evocar la historia de su país y de su disciplina. Luego de sus páginas sobre historia de la administración alemana (p.59 ss.), prefiere hablar poco de la República de Weimar, y se ocupa sólo fragmentariamente de la administración republicana y democrática de Bonn. Salvo raras excepciones (pp.117, 356 y nota 30, y 655) no hace referencia a un período administrativo tan típico como el de 1933-45 en el cual, sin embargo, él mismo publicara importantes trabajos de legislación y jurisprudencia, y aún de exaltación política del nacional-socialismo (FORSTHOFF, *Der totale Staat*, "El Estado total", Hanseatische Verlaganstalt, 1933, 48 pp.).

No es extraño: HUBER como Werner WEBER, detiene igualmente los tomos de su historia constitucional alemana en 1933. También cabe apuntar la tendencia del *Traité* al no tener en cuenta la originalidad que la Ley Fundamental y la dinámica de sus instituciones aportan al derecho público alemán, escribiendo, ya señalábamos arriba, como si la etiqueta *republicana* pudiera recubrir realidades administrativas idénticas en una República *Imperial* y en una República *Democrática y Social* (p.465), ahora reforzada desde 1990 por la incorporación de la R.D.A. a la R.F.A.

14. La democracia administrativa constituye piedra de toque negativa de esta obra.- Ésta elude expresamente (p.119) toda apreciación sobre el derecho de cogestión del personal en la administración pública. En general, omite comentar el principio de la participación (pp.439 y 603). No concibe sino vínculos de dependencia entre la administración y los ciudadanos y, en su caso, los trabajadores al servicio del Poder Público. No deja de ser igualmente sintomático el rechazo expreso del *selfgovernment*, considerado como "una institución extranjera, que además no conviene a la situación alemana" (p.684, nota 17); así como el rechazo, como corolario, de una economía fundada en la autogestión (p.686, con citas de E.R.HUBER, las cuales están, como es obvio, en la línea autoritaria de FORSTHOFF),

En semejante contexto, no puede sorprender demasiado que el principio de la igualdad aparezca reivindicado (sin matices, superficialmente fundamentado) como una conquista del absolutismo (p.67). Sorprende sí la insistencia del autor en sostener que la colegialidad de las autoridades

administrativas (p.70) constituiría una particularidad del absolutismo, una "creación" prusiana (ibidem). Se aparenta ignorar así, no sólo el derecho comparado, sino incluso el de la propia Alemania. En efecto, la tradición colegialista medioeval tiene sus raíces en la administración y gobierno de las ciudades-Estado del Hansa germánica, tales como Bremen y Hamburgo, donde subsisten manifestaciones todavía, en este umbral del tercer milenio. Pero además, el Kollegialprinzip se manifiesta igualmente con anterioridad secular al Estado Prusiano, en las ciudades italianas de la Edad Media, en los cantones y en la confederación helvéticas, en las organizaciones del derecho canónico, etc. Por otra parte, la colegialidad ha sido principio constitucional positivo en países tan diversos como los de la familia jurídica socialista y la República Oriental de Uruguay (ésta, hasta 1967).

* * *

15. Este libro es una acabada ilustración de la falsedad metodológica que pretende separar radicalmente, los elementos normativos y los elementos extra-normativos del Derecho. Como lo ha fundado Julio-Luis MORENO, lo extra-normativo también es "derecho": el derecho es una estructura normativa social en la cual dos elementos, Regla y Poder, están indisolublemente ligados y en constante interacción dialéctica (Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963, 183 pp.)-

Aquí domina acaso una actitud de recelo frente a un futuro administrativo que pudiera conllevar una profundización de la democracia; también una tendencia a distorsionar el presente normativo, por ejemplo mediante citas truncadas de los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn (pp.122 y 229), salvo en lo que implique abrir las puertas hacia una restauración del pasado, así sea por medios desviados y aparentemente "técnicos". FORSTHOFF brinda así una visión no sólo fragmentaria sino parcial, por unilateral, del derecho alemán: no expone "ciencia" jurídica, únicamente ofrece un enmascaramiento de pura "técnica" jurídica. Sin quererlo formalmente, converge así con la postura tecnicista de KELSEN y sus hoy ya tan anticuados epígonos.