

Los últimos 50 Años del Derecho Administrativo Alemán.

Rainer Wahl¹ (2013).

Editorial Marcial Pons, Madrid, 167 pp.

La reseña que se presenta a continuación busca comentar el libro “Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo Alemán” del profesor Rainer Wahl, por considerarla un aporte al conocimiento de esta disciplina tanto por su forma como por su fondo. Para ello se expondrán primeramente, algunos datos que permiten contextualizar con mayor facilidad la obra. En segundo lugar, se revisará el propósito buscado por el autor. En tercer lugar, se hará una breve revisión a la estructura utilizada. Y para finalizar se intentará contestar la pregunta acerca de qué podemos aprender de este libro o, por qué este libro es importante para un lector chileno interesado en el derecho público.

1. Algunos datos interesantes acerca de este libro son: el origen del contenido de esta obra, su fecha de publicación y la especial manera en que los temas son tratados. Respecto del texto, es bueno saber que fue producto de una conferencia que el autor dictó en el año 2005 en la Sociedad Jurídica de Berlín. Esto explica la notable síntesis y agilidad a la hora de exponer las ideas, características que se agradecen y que estimulan una lectura rápida y concentrada.

Por otro lado, si bien el texto en su idioma original tiene ya más de un lustro², la traducción al castellano es muy reciente. Fue realizada por la Editorial Marcial Pons y publicada en 2013. A propósito, es bueno recordar que no son muchos los libros clásicos del Derecho administrativo alemán que han sido traducidos al castellano³, aunque sí hay bastantes artículos en la materia. Pareciera que las razones que explican esta situación no se refieren a prejuicios o a falta de vínculo entre ambas tradiciones

* Francisca Moya Marchi. Abogada. Ayudante del departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

¹ El autor estudió Derecho en las universidades de Heidelberg y Bonn. Recibió su doctorado en 1969 en Heidelberg y obtuvo su doctorado en Bielefeld en 1976. Después de una plaza de profesor en 1977-1978 en la Universidad de Bonn, fue profesor desde 1978 en la Universidad de Friburgo, en el Departamento de Derecho Constitucional y Administrativo, Ciencia Administrativa y de Historia Moderna de la Constitución. Fue decano de 1983 a 1984, y de 1985 hasta 1987 fue vice-rector de la Universidad de Freiburg. Sus obras más importantes son, su tesis doctoral “La representación en el derecho constitucional”, Berlín, 1971, y “Estado constitucional, europeización, internacionalización”, Frankfurt, 2003. Actualmente es profesor emérito (2006) de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania.

² El título original de la obra es Herausforderungen und Antworten, y fue editado por Walter de Gruyter GmbH en Berlín y Boston el año 2006.

³ No obstante ello, existen algunas traducciones. En el año 1982 en Argentina, la Editorial Depalma, tradujo el famoso Derecho Administrativo alemán de Otto Mayer, en sus cuatro tomos. Sin embargo, y esto suele ser relevante para los más puristas, esta traducción se hizo desde la versión francesa. Por su parte, en España se tradujo en 1933, por la Editorial Labor, las instituciones de Derecho Administrativo de Fritz Fleiner y también el Tratado de derecho administrativo de Ernst Forsthoff, por el Instituto de Estudios Políticos, 1958. En fecha reciente (2003), la Editorial Marcial Pons ha traducido El derecho administrativo como sistema de Schmidt Assman y El Derecho administrativo de Hartmut Maurer (aunque de este último sólo algunas partes) en el 2011.

doctrinarias. Es más, muchos de los más importantes profesores españoles realizaron estudios en Alemania o dominan a la perfección ese idioma⁴. A pesar de ello, el desafío de la traducción es muy fuerte. De hecho, es común observar que los libros son traducidos por distintos autores que enfrentan de a un capítulo cada uno. Por lo mismo, el libro que aquí presentamos es una novedad. Es, según las edades del derecho, todavía un libro joven; uno que recién comienza a difundirse.

Además, es relevante destacar que el autor desarrolla sus temas no como se ordenarían en un programa clásico de una escuela de derecho, sino que como quien una vez hecha la trilla, ha logrado separar la paja del trigo. Los enfoca uno a uno, comentándolos como sistemas conectados.

2. El propósito de este libro no es ser un clásico manual de Derecho Administrativo en el cual podamos encontrar las categorías típicas de esta disciplina como son el acto administrativo, los órganos de la administración del Estado, las funciones de la administración, las técnicas de intervención, entre otras. Lo que Wahl planea es diferente; propone esclarecer para el lector la evolución del Derecho Público alemán a partir de la Constitución de Bonn (1949).

Su propuesta es revisar la historia del Derecho público contingente, que debió reconstruirse después de la derrota bélica e ideológica que significó el fin de la segunda guerra. Su objetivo es identificar aquellas situaciones que desafiaron al Derecho administrativo clásico y lo obligaron a reconocer su propia incapacidad para dar respuesta a estas nuevas interrogantes. Estas situaciones fueron tres: el desafío de la constitucionalización, el desafío de los cambios de la realidad, y el desafío de la europeización.

Evidentemente la producción de nuevas soluciones conllevó la creación de conceptos y sistematizaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dando origen a principios rectores, procedimientos, o áreas de investigación.

Además de lo señalado, el autor da valor al análisis de la historia del Derecho por sí misma, como una hoja de ruta que le permite a quienes en él actúan, conocer su pasado y, por lo mismo, navegar con mayor tranquilidad en el futuro. Valiéndose de la imagen del camino, Rainer Wahl señala que “sólo quien sepa de dónde viene podrá decidir conscientemente si desea o no continuar por la misma senda” (p. 29).

Como decíamos al comenzar, la presente obra constituye un gran aporte a la sistematización del derecho público alemán, tal y como lo fue en su momento el libro de Prosper Weil “El Derecho Administrativo”⁵, en que se revisó la evolución del Derecho Administrativo francés.

3. La estructura del libro está determinada por dos grandes fases o etapas que cruzan su cuerpo. Por una parte, distingue la etapa “fundacional”, que corresponde a los años cincuenta y en la que se lleva a cabo un proceso de “constitucionalización” del derecho legal. Y por otra, una fase o fase de trans-

⁴ Así por ejemplo, Eduardo García de Enterría (Universität Thüringen), Alejandro Nieto García (Georg-August-Universität Göttingen), Luciano Parejo Alfonso (Universität des Saarlandes, Saarbrücken), José Esteve Pardo (Ludwig-Maximilians Universität München), Alejandro Huergo Lora (Ludwig-Maximilians Universität München), Oriol Mir Puigpelat (Universität Heidelberg) y Merce Darnell Acuesta (Universität Konstanz).

⁵ Prosper Weil (Estrasburgo, 1926) es un reconocido profesor y abogado francés, profesor emérito de derecho en la Universidad de París II Panthéon-Assas, miembro del Instituto de Francia (Academia de Ciencias Morales y Políticas, sección “Legislación, Derecho público”) y autor de obras como Las Grandes Sentencias del Tribunal Administrativo (17ª edición 2009), El Derecho Administrativo (23ª edición en 2010), y Escritos del derecho internacional: la teoría general del derecho internacional, los espacios, la ley de la inversión privada internacional (2000).

formación de todo el Derecho alemán. La culminación de este proceso está dada por la inserción de este ordenamiento jurídico en uno “supraordenado” como es el Derecho comunitario.

El autor dedica a la primera fase los capítulos primero y segundo de su libro. El primero de ellos, que lleva por nombre “¿Para qué una historia del derecho público vigente?”, es una reflexión acerca de por qué la evolución del derecho alemán ha tenido desarrollos muchas veces distintos del derecho inglés o francés y sobre la importancia de conocer esa historia. Especialmente sobre el valor de la historia de las instituciones.

Por su parte, en el segundo capítulo titulado “La fase fundacional del derecho público en los años cincuenta”, el autor revisa cómo la Ley Fundamental es el eje del derecho público alemán no sólo constitucional sino también administrativo. Además, se refiere a cómo en este nuevo derecho se instala la imagen del hombre tras la subjetividad jurídica, como una clave para diferentes figuras fundamentales del Derecho Público, como por ejemplo la doctrina de la discrecionalidad.

También en esta sección se revisan ciertas peculiaridades –algunas no tanto– del Derecho alemán, como son la primacía de la Constitución y la dependencia constitucional del Derecho legal; la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales; el surgimiento de un Derecho administrativo marcado por los derechos fundamentales; la plenitud de una tutela judicial omnicompreensiva, y la ampliación del alcance del Derecho público.

En el tercer capítulo, “Desarrollos jurídicos tras la fase fundacional: respuestas a cambios sociales y a nuevas funciones del Estado”, lo que el autor hace es revisar la respuesta del Derecho administrativo y la Ciencia del Derecho administrativo alemán a los cambios sociales y nuevas funciones del Estado que inevitablemente fueron apareciendo en las décadas posteriores a la instauración de la nueva Constitución. Surgieron así la planificación durante los años sesenta, la protección del medio ambiente durante los años setenta, la regulación de la técnica y la gestión del riesgo en los años ochenta, y la privatización y la desregulación en los años noventa.

Si bien este desarrollo no es asimilable al vivido en nuestro país, el cual ha ido incorporando estos nuevos mecanismos con cierto desfase respecto de los ordenamientos jurídicos más desarrollados, es interesante observar dichas experiencias y aprender de ellas crítica y reflexivamente. Especialmente cuando se considera que cada nueva área temática fue entregando un aporte al Derecho Administrativo. Así, la planificación entregó la proporcionalidad como técnica de control; el medio ambiente, el principio de precaución; el riesgo, el derecho administrativo de la gestión de riesgo; la privatización y la desregulación, implicaron una reformulación de los roles del Estado como un Estado garantizador y regulador.

Hacia el final, Wahl se hace cargo de una segunda fase, la europeización e internacionalización del derecho público bajo la Ley Fundamental. El autor pone énfasis en el importante impacto de la creación de un derecho europeo en el derecho alemán. A este respecto se plantea incluso que en diversos sentidos hoy es más certero hablar del Estado alemán como un “Estado miembro”, pues su ordenamiento jurídico no es autárquico o autónomo. En un Estado miembro el derecho está pluralizado, es un derecho procedente de varias fuentes, compuesto y entretelado. Si bien desde América Latina miramos este fenómeno desde afuera, la globalización y la tendencia mundial a formar alianzas regionales, hacen que la apertura de nuestros ordenamientos jurídicos sea un tren en el que ya vamos andando.

4. Este libro tiene varios aciertos: es conciso, es simple en su prosa, es asertivo en sus acotaciones, aborda variados temas, cumple con su propósito y contiene algunas novedades. Son muchas sus virtudes, pero lo más relevante es aquello que podemos aprender de él, es esto lo que da un auténtico valor a su lectura. *En mi opinión son tres ideas las centrales.*

Por una parte el autor hace una valoración de la historia del Derecho Administrativo, que si bien no desarrolla luego como contenido central de su obra, sí describe como una condición previa para una comprensión más profunda del ordenamiento jurídico. Ello viene a recordarnos que tenemos más de una deuda pendiente con nuestra historia institucional. Chile ha hecho poca memoria acerca de la evolución de sus instituciones, aun habiendo tenido periodos de considerable estabilidad institucional. *Eso es un déficit para crear mejores instituciones.*

Otro aspecto central de su elaboración es en torno al rol fundacional que tiene una nueva constitución sobre toda la estructura del Derecho Público, tanto respecto de mismísimo Derecho Constitucional lleno de derechos y garantías, como del Derecho Administrativo. Es especialmente interesante su vinculación entre el término de la dictadura en Alemania y la instauración de una nueva imagen constitucional del hombre, que pretende expresar una “relación fundamental totalmente transformada” (p. 38).

Con todo, quizás la idea más llamativa es la que dice que el derecho administrativo no es una formulación definitiva. Más bien, es una reacción a determinadas realidades, las cuales busca comprender controlar, superar. Por lo mismo, el autor plantea el surgimiento de una nueva ciencia del derecho administrativo. Es importante siempre estar conscientes de esta característica de nuestra disciplina, que tiende a modificarse con una rapidez que desconoce el Derecho Civil o incluso el Derecho Constitucional, pues debe necesariamente adaptarse a las necesidades de la sociedad, que cada día cambia de manera más vertiginosa. Para ejemplificar esto, nos presenta las diversas soluciones que el DAA ha dado a diversos problemas como desarrollos jurídicos tras la fase fundacional (planificación, medio ambiente, principio de precaución, riesgo, privatización y desregulación). Este tratamiento merece ser destacado, pues se trata de revisiones especialmente didácticas de cada uno de estos fenómenos, lo que no suele ser frecuente. Especialmente respecto de temáticas como el riesgo y la precaución, explicando con claridad su surgimiento y desarrollo.

En definitiva, este es un libro valioso, que no sólo ayuda a entender la evolución del Derecho Administrativo Alemán, sino también –y eso es lo mejor– el Derecho Administrativo de nuestros días.