FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

5/2009

LA DIVISIÓN DE PODERES

Junta General del Principado de Asturias

DIVISIÓN, LIMITACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE PODERES

La concepción de las funciones estatales en la Ley Fundamental de Bonn*

Fabian Wittreck

SUMARIO

I. La división de poderes en la Ley Fundamental: análisis textual
II. La división de poderes en la Ley Fundamental: estado del debate
III. El contexto discursivo del debate alemán en torno a la división de poderes
IV. Los tres poderes clásicos bajo la Ley Fundamental
V. ¿La división federal alemana como «división vertical de poderes»?
VI. Ampliaciones de la tríada clásica de la división de poderes: «los cuartos poderes»
VII. Los procesos de cambio que trasciende a los poderes relativos a la ordenación de las funciones en la Ley Fundamental
VIII. ¿Quiebras en la estructura de la ordenación de los poderes bajo la Ley Fundamental?
IX. Epílogo: Perspectivas de la división de poderes bajo la Ley Fundamental
Seleccion bibliográfica

En consonancia con toda la historia constitucional occidental, la República Federal se ha declarado en su Ley Fundamental como un Estado dotado de división de poderes, reconociendo con ello la necesidad de una determinada organización en el ejercicio de las funciones estatales (I). Todavía se debate en la actualidad si ya en los orígenes constitucionales del Estado federal se abrió camino una subespecie de «principio» de *división* de poderes de derecho natural, en forma de una pluralidad de relaciones transversales de carácter funcional, institucional o personal entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; o si, por el contrario, se desarrolló un auténtico modelo de *limitación* de poderes —en el que aquella idea meramente regulativa de su división apenas desempeñó un papel autónomo— (II). Este debate sólo es comprensible, de un lado, en el contexto de la específica experiencia histórico-constitucional alemana, sustentada sobre el dualismo Monarca-Parlamento —como uno de los postulados orientados hacia los parámetros «Estado» o «Constitución»— y, de otro, en el marco de las particulares controversias metodológicas suscitadas en la teoría alemana del Estado (III). Para la interpretación de la división de poderes en la República Federal resulta esencial, además, que la tríada clásica legislación, gobierno o administración y jurisdicción (IV) se presentara clásicamente como una «división horizontal de los poderes», en cuyo ámbito el desdoblamiento del poder y de los centros de decisión del Estado federal («división vertical de poderes») (V), así como otros y variados actores, se concebían respectivamente como cuartos o quintos poderes (VI). Especial atención debe dedicarse a los actuales procesos de cambio, tanto a la europeización del orden jurídico alemán, que alcanza simultáneamente a los tres clásicos poderes del Estado (VII), como al debate acerca

[*] Traducido por Leonardo Álvarez Álvarez, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

del autogobierno del tercer poder, más concretamente, al problema interno que afecta a las concretas funciones estatales (VIII). Finalmente, se encuentran las perspectivas de futuro, contexto en el que la clásica categoría de la división de poderes propia de la teoría del Estado sólo ha recibido de momento un tratamiento discreto en el contexto del orden constitucional federal alemán (IX).

I. La división de poderes en la Ley Fundamental: análisis textual

La Ley Fundamental de la República Federal alemana no se vincula al tenor literal del principio de divisón de poderes tal y como aparece consagrado en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.[1] Y ello aunque le confiera en su articulado un lugar destacado y esencial, buscando una inequívoca conexión con dicha categoría filosófico-estatal que remite al antiguo *topos* de la Constitución mixta[2] y a su posteriormente más extendida moderna formulación canónica. La Ley Fundamental aparece como más intensamente tributaria de la reducida formulación de tal principio presente en los trabajos de John Locke y Charles de Montesquieu.[3] Al comienzo del título de la Ley Fundamental relativo al *Frame of Goverment*, el art. 20.2 GG, en su frase primera, determina ya que «todo poder estatal emana del pueblo»,[4] antes del posterior inciso realizado en la misma disposición, en el que dicha idea se desarrolla más precisamente:

> Aquél se ejerce por el pueblo mediante elecciones y referendos, y a través de los concretos órganos de la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción.

---

[1] *Cfr.* el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26.8.1789 (G. Franz [edit.], Staatsverfassungen, 2.ª edición, 1964, p. 307): «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

[2] Sobre ello en la actualidad, magistralmente, *A. Riklin*, Machtteilung. Geschichte der Mischverfassung, 2006.

[3] Como *loci classici* valen *J. Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung (1690), II, §§ 134-168, así como *C. de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze (1748), XI.6. Detenidamente sobre la pluralidad de orígenes históricos de dichas categorías *H. Fenske*, art. Gewaltenteilung, en: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (edits.), Geschichtliche Grundbegriffe, vol. II, 1975, p. 923 y ss.

[4] Sobre el principio de soberanía popular, véase recientemente *P. Graf Kielmannsegg*, Volkssouveränität, 1977; sobre la cuestión de su aplicabilidad al reciente proceso de unificacion europea, *W. Veil*, Volkssouveränität und Völkersouveränität in der EU, 2007.

Comúmente, el vocablo «concretos» se entiende como «separados»;[5] al fin y al cabo,[6] el art. 20.2, inciso segundo, contiene un principio fundamental a favor de una separación de los órganos a través de los que el pueblo ejerce el poder del Estado. Debe repararse, al mismo tiempo, en la obligatoriedad jurídica que confiere la citada disposición a las tres funciones de la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción, positivadas tanto en el art. 20.3 GG (en conexión directa con las ideas de la supremacía constitucional y la vinculación a la ley y al derecho, contenidos nucleares del principio de Estado de derecho),[7] como en el art. 1.3 GG, que alude al catálogo de derechos fundamentales, el *Bill of Rights* de la Ley Fundamental, y a los tres poderes vinculados expresamente a los sucesivos derechos individuales.[8] El particular rango que asumen todas las decisiones señaladas se pone de manifiesto en el hecho de que las mismas, conforme al art. 79.3 GG (la denominada cláusula de intangibilidad), se encuentran sustraídas a cualquier cambio constitucional que pudiera afectar a sus principios fundamentales.[9] Con ello se reconoce, según opinión unánime, que aunque son posibles modificaciones concretas en relación con las funciones del Estado, la supresión genérica del principio de división de poderes (o de alguna de las tres funciones estatales) se encuentra proscrita, incluso para la mayoría del poder de reforma constitucional.[10] El eventual tránsito hacia un monismo del poder, como el de corte socialista, sólo podría triunfar, pues, a través de la revolución, debiendo quebrar de manera clara el «puente de la legalidad» con respecto a la Ley Fundamental.[11] No menos unánimemente se ha deducido del art. 28.1 GG, primera frase, que también los Estados federados

---

[5] Por todos *H. Dreier*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland, en: A. V. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (edits.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, vol. I, 2007, § 1, marginal 117.

[6] N. del T.: el dualismo conceptual señalado en el texto original, cobra verdadero sentido en el idioma alemán, en el que ambos vocablos poseen una grafía y fonética similares: *besondere-gesonderte*, respectivamente.

[7] Detalladamente *infra* IV.1.

[8] Sobre ello véase *R. Stettner*, Not und Chance der grundgesetzlichen Gewaltenteilung, en: JÖR 35 (1986), 57 (58). Más en concreto, *H. Dreier*, en: *idem* (edit.), GG-Kommentar, vol. I, 2.ª edición, 2004, art. 1 III, marginal 53 y ss.

[9] Al respecto *H. Dreier*, en: *idem* (edit.), GG-Kommentar, vol. II, 2.ª edición, 2006, art. 79 III, marginal 50.

[10] *H. Schulze-Fielitz*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 229; *J. Lücke/M. Sachs*, en: M. Sachs (edit.), GG, 4ª edición, 2007, art. 79, marginal 74.

[11] De nuevo *Dreier* (nota 9), art. 79 III, marginal 15 y s. Véase la formulación del «puente de la legalidad« (aludido efectivamente en el art. 81 GG) en *H. Schneider*, Kabi-

aparecen vinculados a una estructura constitucional basada en una división de poderes.[12] El principio de división de poderes se hace valer, conforme a dicha dicción —también característica de su interpretación alemana—, como un elemento rector de las diferentes directrices constitucionales que se reconducen al «principio de Estado de derecho».[13] Las Constituciones de los Estados federados —que a lo largo del subsiguiente desarrollo expositivo deben en buena medida quedar al margen— han obedecido en su conjunto a esta premisa sin poner un énfasis propio sobre la cuestión de la división del poder.[14] Es reseñable que la diversidad de las Constituciones sólo conozcan la posibilidad de acusaciones ministeriales a través del Parlamento (así, por ejemplo, la de Baden-Württemberg [art. 57], Baviera [art. 59], Bremen [art. 111], entre otras), perpetuando la contraposición clásica entre ejecutivo y legislativo propia del Estado constitucional,[15] que desde hace tiempo ha sido convertida, en el contexto del sistema parlamentario de gobierno, más bien en una herramienta (más concretamente *infra* IV.1). Con ello, la división de poderes en el nivel de los Estados federados también experimenta el cambio de que el pueblo se conciba como un segundo órgano legislativo equiparado a sus Parlamentos.[16]

El sentido que el constitucionalismo histórico ha atribuído al principio de división de poderes permite aclarar, además, que la ulterior construcción realizada por la Ley Fundamental se ha orientado hacia una tríada, en la

nettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, en: VVDStRL 8 (1950), p. 21 (42).

[12] BVerfGE 2, 307 (319); 34, 52 (58); 83, 60 (71); desde la literatura, con ulteriores aclaraciones, *H. Dreier*, en: *idem*, GG II (nota 9), art. 28, marginal 65.

[13] Así se deja constar en la mayoría de comentarios y manuales, véase por ejemplo *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, en: J. Isensee/P. Kirchhof (edits.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, 3.ª edición, 2004, § 26, marginal 46 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 67 y ss.; *H. Maurer*, Staatsrecht I, 5.ª edición, 2007, § 8, marginal 12; *M. Sachs*, en: *idem*, GG (nota 10), art. 20, marginal 77, 79 y ss. Por el contrario, críticamente al respecto *C. Möllers*, Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung, en: AöR 132 (2007), 493 (496 y s.); *H. D. Jarass*, en: *idem*/B. Pieroth, GG, 8.ª edición, 2007, art. 20, marginal 23 al final.

[14] Un conciso resumen puede verse en *J. Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, p. 396 y ss., 420 y ss., 433 y ss., 443 y ss. (especialmente p. 448 y s.).

[15] Sobre las acusaciones ministeriales en el caso particular del Electorado de Hessen, *P. Popp*, Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld von Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit, 1996; para el periodo de Weimar, *cfr.* también el análisis realizado por *W. Otto*, Die Ministeranklage nach dem Verfassungsrecht des Reiches und der Länder, tesis doctoral, Jena, 1930.

[16] Más en detalle *infra* VIII.2.

medida en que, por una parte, dedica capítulos propios a las tres funciones estatales (VII. Legislación federal: art. 70 y ss. GG; VIII. Ejecución de las leyes federales: art. 83 y ss. GG; IX. Jurisprudencia: art. 92 y ss. GG)[17] y, de otra, erige a los órganos del legislativo o del ejecutivo en el objeto central de capítulos independientes (III. Parlamento federal: art. 38 y ss. GG; IV. Consejo federal: art. 50 y ss. GG; V. presidente federal: art. 54 y ss. GG; VI. Gobierno federal: art. 62 y ss. GG). El legislador de reforma constitucional ha acentuado de nuevo este entramado en 1968, al configurar el Estado de alarma y de excepción no exactamente como un retórico «momento del ejecutivo», sino a través de diversas prescripciones (en parte demasiado parcas y, en casos graves, con poca virtualidad práctica) que tratan de preocuparse de que, incluso en esa situación de peligro, la integridad de la estructura estatal permaneza preservada a través de una cooperación entre todos los poderes (*cfr.* en concreto, art. 115d, 115e GG, para el legislador de excepción, art. 115g GG, en lo que se refiere al mantenimiento del Tribunal Constitucional).[18]

Finalmente, aún cabe identificar en la Ley Fundamental numerosas disposiciones de detalle que concretan más detenidamente la idea de la división de poderes (concebidas con arreglo a una mayor o menor separación). Sin duda, la más relevante debería ser la contenida en el art. 97 GG, relativa a la independencia del tercer poder, que vincula al juez a la ley y, en consecuencia, al programa normativo formulado por el legislativo (párrafo 1), amparándolo así frente a cualquier tipo de injerencia desprovista de cobertura legal procedente tanto del primer como del segundo poder.[19] Como expresión de una nítida división debe aludirse aquí, además, a las diferentes disposiciones sobre incompatibilidades y prohibiciones, que pretenden ex-

[17] *Cfr.* sólo la referencia de *T. Groß*, Exekutive Befugnisse der Rechnungshöfe, en: Verwaltungsarchiv 95 (2004), 194 (196).

[18] Sobre la «Constitución de excepción», *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. II, 1980, p. 1289 y ss.; *W. Heun*, en: H. Dreier (edit.), GG-Kommentar, vol. III, 2000, comentario al art. 115a–115l, marginal 5 y s., 9 y ss.; un resumen más detallado puede verse en *Dreier* (nota 5), § 1, marginal 50, 53 y s. Particularmente, bajo el prisma de la división de poderes *H.-J. Ringweber*, Kompetenzverschiebungen im Bereich der Exekutive im Rahmen der Notstandsverfassung, tesis doctoral, Bochum 1979, así como *H. Krieger*, Notstand und gewaltenteilende Staatsstrukturen, en: E. Klein (edit.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2006, p. 171 (181 y ss.).

[19] Sobre la primera precisión, *C. Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005; *H. Schulze-Fielitz*, en: Dreier, GG III (nota), art. 97, marginal 19 y ss., 45 y ss.; *F. Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, p. 174 y ss.

cluir o limitar los vínculos *personales* entre los tres poderes. Debe dejarse constancia, en particular, de lo dispuesto en el art. 55.1 GG (prohibición de integración del presidente federal en las Cámaras legislativas), en el art. 94,1 GG, párrafo tercero (imposibilidad de pertenencia de los jueces del Tribunal Constitucional a las Cámaras legislativas o a los gobiernos) y de lo prevenido en el art. 137.1 GG (posibilidad de limitación de la elegibilidad de los jueces o funcionarios).[20]

II. La división de poderes en la Ley Fundamental: estado del debate

Constituye opinión unánime que la Ley Fundamental no consagra un sistema rígido de división de poderes, sino más bien un conjunto de interrelaciones entre los tres poderes.[21] La más importante desviación de una «teoría pura» de la división rígida de los poderes es el ya aludido sistema parlamentario de gobierno de la República Federal,[22] que concibe al Canciller como la figura central del esquema gubernamental, dependiente no sólo de la voluntad del electorado, sino también de la permanente confianza del Parlamento federal (art. 63, 67 y s. GG). Además, de ordinario, tanto él como el resto de los miembros del Gobierno pertecenen en persona al órgano legislativo central.

Esta marcada diferencia respecto de, por ejemplo, los sistemas presidencialistas difundidos por Francia o por los Estados Unidos ha sido señalada, de manera contradictoria, por la doctrina alemana del Estado. Resulta dominante la opinión de que el art. 20.2 GG, frase segunda, consagra un «principio» de división de poderes que se relaciona con las diferentes dis-

---

[20] Con relación a las aludidas normas, *G. Sturm*, Die Inkompatibilität, 1967, así como *D.T. Tsatsos*, Unvereinbarkeiten zwischen Bundestagsmandat und anderen Funktionen, en: H.-P. Schneider/W. Zeh (edits.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 23, marginal 5 y ss.; particularmente sobre el art. 137.1 GG como concreción del principio de división de poderes, *G. Lübbe-Wolff*, en: Dreier, GG III (nota 17), art. 137, marginal 7 y ss.

[21] Entre muchos, *H. J. Hahn*, Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes (1965), en: H. Rausch (edit.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, p. 438 (446), así como *U. Di Fabio*, Gewaltenteilung, en: Isensee/Kirchhof, HStR II (nota 13), § 27, marginal 9.

[22] Una buena exposición al respecto, véase en *H.-P. Schneider*, Das parlamentarische System, en: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (edits.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2.ª edición, 1994, p. 537 y ss.; véase, además, la más reciente descripción de *M. Brenner*, Das Prinzip Parlamentarismus, en: J. Isensee/P. Kirchhof (edits.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. III, 3ª edición, 2005, § 44, marginal, 43 y ss.

posiciones reguladoras de las relaciones interorgánicas en la Ley Fundamental de acuerdo con la máxima regla-excepción (1). La posición contraria admite la existencia de un sistema constitucional autónomo de limitaciones entre los poderes e identifica en el art. 20.2 GG, en su segunda frase, sólo la «materialización» de todas aquellas prescripciones, de manera que éstas no podrían operar de ningún modo como la justificación de «quiebras» del previamente consagrado principio de división de poderes (2). Una nueva interpretación pretende desmontar esta antigua premisa (3).

1. *La Ley Fundamental como «quiebra» del principio constitucional de división de poderes*

El sistema de gobierno parlamentario no es la única desviación constitucional de una concepción estricta de la división de los tres poderes.[23] La línea divisoria entre la función legislativa y la jurisdiccional se desdibuja con la posibilidad del control de constitucionalidad (art. 93.1, n.º 2, art. 100.1 GG), así como, en la perspectiva inversa, a través de la selección de los jueces más relevantes con la participación del Parlamento (art. 94.1 GG, frase segunda, art. 95.2 GG). Frente al ejecutivo, el Parlamento federal puede optar por un entramado de posibilidades de control (además de la moción de censura del art. 67 GG, se encuentran previamente previstas las preguntas del art. 43.1 GG; las comisiones de investigación del art. 44 GG, así como el ejercicio de las facultades de control que lleva a cabo, por ejemplo, el Defensor del Pueblo en el art. 45b GG). Por su parte, el Parlamento ha de repartir su función legislativa con el Gobierno hasta donde llegue su potestad reglamentaria ejecutiva, según el art. 80 GG. El poder judicial y el ejecutivo, finalmente, aparecen limitados de manera recíproca, de un lado, por las competencias ministeriales para el nombramiento de los jueces (art. 95.2, art. 98.4 GG) y, de otro, por el control competencial singular, como sucede desde la perspectiva comparada internacional, particularmente a través de la jurisdicción contencioso-administrativa (*cfr.* art. 19.4 GG, frase primera).

A tenor de la tesis dominante, en esas y en otras variadas disposiciones se encuentran las anteriormente mencionadas quiebras del mandato, confi-

[23] Resumidamente sobre las ulteriores limitaciones que serán desarrolladas *infra* IV, véase por el momento el análisis de *A. v. Arnauld*, Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung, en: Zeitschrift für Parlamentsfragen 32 (2001), 678 (689 y ss.); *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 31 y ss.

gurado como un «principio», de división de poderes. Un principio que, en realidad, ni se encuentra plasmado en el art. 20.2 GG, frase segunda —en un modo por cierto poco claro— ni precomprendido, o mejor dicho, metacomprendido por la Ley Fundamental.[24] En el contexto de este discurso se encuentra, en particular, la indefendible traslación de principios de la filosofía jurídica y del Estado al derecho constitucional vigente.[25]

Particularmente, el Tribunal Constitucional Federal ha concebido el principio de división de poderes tempranamente como un «destacado principio organizativo de la Ley Fundamental»,[26] atribuyendo globalmente a dicho principio cuatro funciones: la función moderadora, que apunta, en paralelismo con el principio de proporcionalidad, hacia una contención del ejercicio del poder del Estado;[27] la función racionalizadora, que debe asegurar su adecuada y eficaz organización;[28] la función de control, que viene a sustentarse sobre la recíproca fiscalización entre los órganos previstos en la Ley Fundamental[29] y, por último, la función tuitiva, que recoge de nuevo la idea central de Montesquieu de asegurar la libertad de los individuos a través de una limitación del poder del Estado.[30] Este diferente abanico de funciones, más amplio todavía en la doctrina, sirve de base para dos aspectos fundamentales del principio de división de poderes que se encuentran en

---

[24] En ese sentido favorable a la existencia de un principio constitucional de división de poderes, *Schmidt-Aßmann* (nota 13), § 26, marginal 51; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 67, 70; *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 500, 536 y s.; con reservas también *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 685 y s.

[25] *K.A. Schachtschneider*, Gewaltenteilung, en: DSWR 2004, 326 (326). – Esta tendencia también en *U. Hochschild*, Gewaltenteilung in Deutschland, en: Betrifft Justiz 58 (1999), 61 (62 y ss.); de manera similar, vinculado a ello *H. Weber-Grellet*, Eigenständigkeit und Demokratisierung der Justiz, en: ZRP 2003, 145 (148), que considera el nombramiento de los jueces previsto en el art. 95.2 GG como «derecho constitucional inconstitucional» por la vulneración del principio de división de poderes.

[26] BVerfGE 3, 225 (247); 67, 100 (130); de manera similar E 95, 1 (15). Sobre ello, así como sobre el sucesivo material, véase *B. Sinemus*, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1982, p. 100 y ss.

[27] BVerfGE 9, 268 (279 y s.); 67, 100 (130); 95, 1 (15); BVerwGE 93, 287 (288 y s.).

[28] BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); recogidas por *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 10.

[29] BVerfGE 7, 183 (188); 95, 1 (15).

[30] BVerfGE 9, 268 (279 y s.); 30, 1 (28); 34, 52 (59); 95, 1 (15). Esta función se encuentra en el centro de las consideraciones de *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 679 y *passim*; descrita, de todos modos, como una «predecible capacidad de autocontención» por *W. Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung und Verantwortungsteilung als Ordnungsprinzip, en: Festschrift H.-P. Schneider, 2008, p. 183 (186).

un nada desdeñable conflicto.[31] Desde una perspectiva negativa, ello apunta hacia una contención del poder del Estado a través de la moderación, de los controles (recíprocos) y de la separación. Por su parte, desde la perspetiva positiva, en cambio, lo expuesto tiende a garantizar una mayor eficiencia en el ejercicio del poder estatal a través de la ordenación material de cada una de sus funciones de la mejor manera posible para su ejercicio[32] (y con ello, según la lógica de Montesquieu, un mayor peligro para la libertad de los individuos). Esta doble concepción de la división de poderes pretende, por lo tanto, conforme a la misma inspiración de las clásicas afirmaciones del Leviathan, permitir una limitación del poder mediante contrapesos y conseguir una actuación más eficaz.[33]

A pesar de que la concepción dominante se sirve de estas contradicciones, el art. 20,2 GG, frase segunda, adquiere así —ésta es la más importante conclusión— una relevancia propia con su exigencia de órganos «concretos» . Dicho precepto debe presidir directamente la interpretación del contenido de las disposiciones de la Ley Fundamental, sin que pueda desdibujar ni «quebrar» el principio de división de poderes.[34] Particularmente, esta regla fundamental puede tenerse en cuenta como contrapeso argumental de una interpretación *restrictiva* de sus excepciones, como la potestad reglamentaria del ejecutivo en el art. 80.1 GG, entre otras muchas.[35] Por otra parte, sería admisible que las disposiciones legislativas concretas pudieran ser directamente declaradas inválidas por contradicción con el principio de división de poderes.[36] Como posible contenido normativo lesionado ha de considerarse, en particular, la regla aceptada por el Tribunal

---

[31] Reducido con precisión a los dos fundamentos mencionados en *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota. 29), p. 184 y ss.

[32] Véase sobre esta «adecuación orgánica» nuevamente BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (251 y s.), así como *R. Wank*, Gewaltenteilung – Theorie und Praxis in der Bundesrepublik Deutschland, en: Jura 1991, 622 (624); más recientemente *T. v. Danwitz*, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, en: Der Staat 35 (1996), 329 y ss.

[33] Una referencia crítica sustentada en las posibles disfunciones véase también *P. Lerche*, Gewaltenteilung – Deutsche Sicht, en: J. Isensee (edit.), Gewaltenteilung heute, 2000, p. 75 (79 y ss.).

[34] Así, también, *Jarass* (nota 13), art. 20, marginal 23.

[35] Así, la apreciación metodológica de *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 536 y s. (que no considera precisamente la potestad reglamentaria como una quiebra: *ibidem*, p. 523).

[36] Supuestos de aplicación hasta el momento: BVerfGE 4, 331 (347) – *Soforthilfegesetz*; 10, 200 (216 y s.) – *Friedensgerichte*; 20, 150 (157 y s.) – *Sammlungsgesetz*; 52, 1 (41) – *Kleingarten*; 54, 159 (166 y s.) – *Landwirtschaftsgericht*.

Constitucional de que cada poder del Estado tiene garantizado un núcleo de competencia y de actuación autónomas.[37] Ciertamente, incluso los partidarios de tal interpretación del art. 20.2 GG, frase segunda, reconocen inmediatamente que dichas contradicciones han sido hasta el momento muy rara vez constatadas por el Tribunal, y que en el futuro deben permanecer como casos aislados.[38]

2. *La Ley Fundamental como esbozo de un modelo de limitación de poderes*

A lo anterior, una minoría opone una nueva concepción presentada como «sumaria»: [39] la Ley Fundamental no se desvía de un principio de división de poderes presupuesto por ella y dotado de un contenido cuasi apriorístico. La Ley Fundamental se ha decantado más bien por un sistema de controles y de injerencias recíprocas que puede ser caracterizado de un mejor modo como «limitación de poderes».[40] La dicción de la Ley Fundamental referida a los «concretos órganos» no constituye, pues, la secuela de la lectura del *Espirit des Lois*, sino una cuidadosa exégesis del texto constitucional. El sistema de gobierno parlamentario no es, desde esta perspectiva, ninguna desviación de la norma original, sino la expresión de un específico programa de funciones diseñado por la Ley Fundamental, en consecuencia, propiamente la norma. Cada documento constitucional, a tenor de esta concepción, serviría de sustento para una ordenación de los poderes específica e identitaria, insustituible como una huella dactilar. La consecuencia de esta posición es, en primer lugar, que el art. 20.2 GG, frase segunda, se encuentra desprovisto de toda relevancia práctica, en cuanto que las infracciones deberían ocasionarse en un ámbito previo, a través de la contravención de las

[37] *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 71, con apoyo de la BVerfGE 9, 268 (279 y s.); 30, 1 (28); 34, 52 (59); *cfr.* también E 106, 51 (60), así como E 110, 199 (215 y s.).

[38] Véase la conclusión de *Jarass* (nota 13), art. 20, marginal 23: «apenas significado autónomo»; en el mismo sentido *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 70.

[39] *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 495.

[40] En esa dirección véase, por ejemplo, *H. Peters*, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht (1954), en: Rausch, Problematik (nota 21), p. 78 (84 y ss.); *G. Zimmer*, Funktion – Kompetenz – Legitimation, 1979, p. 22 y ss.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20ª edición, 1995, marginal 481 y ss.; *G. Hermes*, en: Dreier, GG II (nota. 9), art. 62, marginal 24; *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 199 y ss. – Una explícita versión en contra de un «apriorística concepción de la división de poderes» véase también en BVerfG, Sentencia de 7.5.2008 (‹http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20080507_2bve000103.html›), marginal 73 – *AWACS*.

disposiciones legislativas o, si se quiere, de sus ulteriores concretizaciones. Además, conforme a esta visión, se imposibilita, o dificulta notablemente, la interpretación conforme a la cual las diferentes disposiciones de la Ley Fundamental que trascienden a los poderes deberían ser interpretadas restrictivamente de acuerdo con reglas metodológicas fundamentales.

3. *El desglose de los poderes como mixtura de democracia y Estado de derecho*

Recientemente, Christoph Möllers ha enriquecido con varias publicaciones este panorama tradicional mediante una nueva interpretación del principio de división de poderes como «principio de desglose de poderes».[41] Éste aparece concebido por el citado autor, al mismo tiempo, «como una plasmación organizativa del principio de Estado democrático y de derecho». El fundamento del art. 20.2 GG, frase segunda, se sustenta sobre la pretensión de autodeterminación derivada de la dignidad humana: y así, mientras el principio democrático tiene por objeto la consagración de la autodeterminación *democrática*, el principio de Estado de derecho sirve a la autodeterminación *individual*. El principio constitucional de división de poderes reconoce el mismo rango a ambas perspectivas de autodeterminación y trata de evitar posibles conflictos entre los institutos organizativos y procedimentales, o de solventarlos pacíficamente.[42] Concretamente, esto tiene lugar con arreglo a una distribución de tareas en las diversas formas de creación de derecho, que podrían ser clarificadas en base a tres criterios «el material, el de orientación temporal y […] el grado de juridificación de las reglas decisorias».[43] Mientras que las decisiones legislativas, orientadas hacia el futuro y condicionadas más política que jurídicamente, están dotadas de una pretensión general de vigencia, el poder judicial resuelve supuestos concretos del pasado con arreglo a premisas jurídicas muy estrictas; el poder ejecutivo se encuentra ubicado entre ambos polos.[44] El art. 20.2 GG, frase segunda, exige, de esta manera, una permanente creación normativa, en la que se insertan todos los poderes.[45]

---

[41] *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, p. 15 y ss., 27 y ss., 398 y ss.; *idem*, Dogmatik (nota 13), p. 501 y ss.; *cfr.* aquí también en particular *idem*, Die drei Gewalten, 2008.

[42] Un conciso compendio véase en *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 502 y ss.

[43] *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 506.

[44] Concisamente *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 507 y s., 509 y ss.

[45] De nuevo *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 511.

III. El contexto discursivo del debate alemán en torno a la división de poderes

Los debates transcritos y los intentos interpretativos resultan verdaderamente comprensibles si tras ellos se ubican, como trasfondo, dos perspectivas históricas. Por un lado, la interpretación alemana de la división de poderes hasta la actualidad se sostiene al amparo de las reminiscencias del periodo constitucional del siglo XIX (1). Por otra parte, aquélla es el marco del, a su vez, sobresaturado debate histórico en torno a la relación entre «Estado» y «Constitución» (2).

1. *La larga sombra del constitucionalismo*

El constitucionalismo de típico cuño alemán se aparta de muchas otras manifestaciones de la constitucionalización. El denominador común de esta última es concebirse como un proceso de implantación de textos constitucionales, esto es, de impregnación de la totalidad del orden jurídico con un Derecho Constitucional dotado de primacía.[46] Por su parte, el constitucionalismo alemán se edifica durante el «largo siglo XIX» sobre la base del dualismo Monarca-Parlamento.[47] En el transcurso de la Restauración, después del Congreso de Viena, aparecen enfrentados como adversarios el Príncipe, soberano por la gracia de Dios, y las denominadas representaciones territoriales estamentales, cuya legitimación se sustenta sobre una elección popular —aunque principalmente censitaria e indirecta—. El equilibrio entre ambos centros de poder pretende apoyarse en textos constitucionales, en parte impuestos por el monarca, en parte acordados

[46] Véase por todos, *G. F. Schuppert*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, así como *R. Wahl*, Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, en: Festschrift W. Brohm, 2002, p. 191 y ss.; de manera concisa también *Dreier* (nota 5), § 1 marginal 88 y ss.– Un amplio espacio ocupa en Alemania el debate en torno a la constitucionalización de la Unión Europea; véase sobre ello las contribuciones del volumen de C. Joerges/M. Mahlmann/U.K. Preuß (edits.), «Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit» und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, 2008.

[47] *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol. 1, 1960, p. 314 y ss.; *E.-W. Böckenförde*, Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, en: *idem* (edit.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, 1972, p. 146 y ss.; *C. Schulze*, Frühkonstitutionalismus in Deutschland, 2002, p. 15 y ss.; *R. Wahl*, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, en: J. Isensee/P. Kirchhof (edits.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. 1, 3.ª edición, 2003, § 2 marginal 1 y ss.

con la representación.[48] Esta constatada diversidad saca a relucir en todos los Estados del Imperio alemán la siguiente estructura-tipo de equilibrio:[49] el Príncipe debe obtener el consentimiento de la representación popular para la aprobación del Presupuesto, así como para determinadas Leyes que interfieren en la «libertad y propiedad» de los sometidos, pudiendo en lo demás apoyarse en su amplia (calificada como autónoma) potestad reglamentaria.[50] En este ámbito, su persona es «inviolable», trasladándose su responsabilidad ante la representación popular a los ministros por él designados a través del correspondiente refrendo de sus Decretos, debiendo soportar aquéllos (al menos, en teoría) la posibilidad de ser separados de su cargo a través de las reprobaciones ministeriales en caso de infracción de la Constitución. A ellas se encuentra sometido, como un bloque monolítico ampliamente sustraído a la representación popular, un ejecutivo dependiente del monarca.[51] El poder judicial ejerce comparativamente un escaso papel en el equilibrio del poder, aunque se encuentra orientado igualmente hacia el lado del Príncipe.[52] La «división de poderes» implica, en esta constelación, un acentuado antagonismo entre ejecutivo y legislativo, que no se presentan como órganos constitucionales *de un Estado*, sino como actores surgidos de una confrontación, cuya legitimidad deriva de innumerables fuentes.[53]

¿Hasta qué punto esta tradición puede ser todavía el hilo conductor de los debates actuales? Ante todo, ha de tenerse en cuenta que numerosos

---

[48] Instructivamente sobre estas diferentes fases (y tipos) de la función constituyente, *D. Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 5.ª edición, 2005, § 29 (p. 275 y ss.).

[49] Más concretamente en lo que se refiere a la distribución del poder entre monarca y Parlamento, así como su desarrollo a lo largo del siglo XIX, *C. Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat, 1997, p. 100 y ss., así como *F. Wittreck*, Parliamentary Law: The German Experience, en: K. S. Ziegler/D. Baranger/A. W. Bradley (edits.), Constitutionalism and the Role of Parliaments, Oxford/Portland 2007, p. 55 (61 y ss.).

[50] Por todos, *H. Dreier*, Der Kampf um das Budgetrecht als Kampf um die staatliche Steuerungsherrschaft – Zur Entwicklung des modernen Haushaltsrechts, en: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (edits.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, p. 59 (69 y s.).

[51] *B. Stollberg-Rilinger*, Der Staat als Maschine, 1986, p. 62 y ss.

[52] Una buena descripción puede encontrarse en *C. v. Hodenberg*, Die Partei der Unparteiischen. Der Liberalismus der preußischen Richterschaft 1815-1848/49, 1996, especialmente p. 103 y ss.; véase además *T. Ormond*, Richterwürde und Regierungstreue, 1994, p. 45 y ss. *et passim*. De manera sintetizadora *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 45 y ss.

[53] En particular, *M. Racky*, Die Diskussion über Gewaltenteilung und Gewaltentrennung im Vormärz, 2005, p. 77 y ss.

institutos jurídicos propios de la vida constitucional alemana, que se presentan según la concepción actual como «quiebras» del principio de división de poderes, se remontan a la época del constitucionalismo. Además de las ya aludidas reprobaciones ministeriales, deben citarse aquí el control de la elección por el Parlamento (art. 41.1 GG),[54] justificado en la desconfianza frente a un poder judicial dependiente del monarca, así como el refrendo de las disposiciones del presidente de la República, que se extiende también a la aprobación de las Leyes (art. 58 GG, primera frase, art. 82.1 GG, primera frase).[55] Más básico es, sin embargo, procurar sobre todo que el dúo ejecutivo-legislativo aparezca, como hasta la actualidad, como el «ideal» de una división de poderes, aunque en ciertas ocasiones se revele como distorsionador para la comprensión del orden constitucional de las funciones constitucionales vigentes, cuando no paralizadora de las mismas.[56]

2. *¿Preponderancia del «Estado» o de la «Constitución»?*

Para un observador extranjero, puede surgir a primera vista la impresión de que en el Derecho Público alemán los conceptos «Derecho del Estado» y «Derecho constitucional» —como se intitulan en diferentes manuales y monografías— resultan intercambiables. Ello puede ser, de hecho, bastante frecuente, si bien la opción por una u otra categoría se vincula en los representantes de las disciplinas con la creciente adscripción a dos escuelas de pensamiento en el seno de la comunidad científica. Simplificadamente, se trata de la cuestión de si el Estado alemán se concibe como preexistente a la Ley Fundamental, su Constitución coyuntural, o si, por el contrario, aquél ha sido creado tan sólo por medio de la Ley Fundamental, de manera que el discurso argumental acerca de la existencia del Estado al margen de la Constitución lisa y llanamente no es razonable.[57] La «prueba del nueve» de ambas posiciones es la cuestión central planteada por Carl Schmitt acerca

[54] Como aquí, la apreciación de *H. Meyer*, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 46, marginal 91 con la nota 274.

[55] Según *I. Pernice*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 58 marginal 7, para la «concepción tomada del constitucionalismo», la norma «no concordante» es desplazada ella misma «hasta el límite de la irrelevancia». *Cfr.* también la monografía de *A. Schulz*, Die Gegenzeichnung, 1970.

[56] Parecidas precisiones en *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 518.

[57] *Cfr.* sobre ello las posiciones contrapuestas de *J. Isensee*, Staat und Verfassung, en: *idem*/Kirchhof, HStR II (nota 13), § 15, marginal, 6 y ss. *et passim* (para la adhesión a un concepto de Estado con dignidad propia) y *H. Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, en: H. Dreier (edit.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahr-

del estado de excepción.[58] En ella se parte de una preponderancia del Estado frente a la Constitución, que puede y debe encontrarse libre de ataduras en caso de peligro para su propia existencia. Si se habla, por el contrario, del Estado como una mera creación de la Constitución, también en situaciones excepcionales el mismo tendría que permanecer vinculado al programa normativo que el texto constitucional ha previsto para su superación (concretamente en ese sentido art. 35, 91 y especialmente art. 115a y ss. GG).[59] Un derecho de excepción subyacente al programa normativo de la Constitución no existiría y tampoco podría darse bajo esta concepción. En el debate en torno a la división de poderes esta discusión puede influir de tal modo que la posición de la preponderancia del Estado se obstine en concebir la división de poderes como la fragmentación artificial de un previo poder estatal unitario y bien definido.[60]

IV. Los tres poderes clásicos bajo la Ley Fundamental

A continuación ha de analizarse con un mayor detenimiento la conformación de los tres poderes tradicionales. Para ello cabe distinguir primero, según una división funcional, la legislación (1), el poder ejecutivo (2) y la jurisdicción (3), y después, con arreglo a una adscripción *institucional-organizativa* de tales funciones, a los respectivos «actores principales», el Parlamento y el Consejo federal, el Gobierno y la Administración, así como los tribunales. Especial atención merecen, además, los diversos solapamientos e interrelaciones existentes entre los tres poderes, así como su respectivo «núcleo» garantizado por la jurisdicción constitucional. Sólo se apuntará ahora el creciente número de funciones públicas y de órganos que, como el Tribunal de Cuentas (art. 114 Abs. 2 GG) o el Banco Federal (art. 88 GG), impiden la configuración de un sistema trimembre.[61]

---

hunderts, 1999, p. 180 y ss. (con la tesis acerca de la «pérdida de la centralidad del concepto de Estado» [p. 180]).

[58] Véase sobre ello con las anotaciones y el lúcido análisis de *H. Hofmann*, Der Staat 44 (2005), 171 (171 y ss., 178 y ss.).

[59] *Cfr.* en lo que se refiere a la Constitución de excepción lo arriba dispuesto y en la nota 17.

[60] En idéntico sentido, el diagnóstico de *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 496: «en apariencia una perspectiva desde el predemocrático cofre del Derecho del Estado monárquico».

[61] Por todos *Groß*, Rechnungshöfe (nota 17), p. 195 y ss., así como *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 69.

1. *Legislativo*

El poder legislativo se encuentra, en esencia, atribuido a nivel federal al Bundestag (art. 77.1 GG, frase primera);[62] los poderes escalonados de codecisión del Bundesrat no se encuentran tan acentuados como para que pueda reputarse una auténtica segunda Cámara.[63] Por su parte, el cuerpo electoral federal no se encuentra descartado categóricamente como legislador por la Ley Fundamental (según el art. 20.2 GG, frase segunda, «el poder del Estado se ejerce por el pueblo mediante elecciones y referendos…»), si bien éstos se prevén actualmente sólo para la ratificación de las leyes de reorganización del territorio federal (art. 29.2 GG, frase primera). Por el contrario, la totalidad de las Constituciones de los Estados federados reconocen la existencia de leyes aprobadas por el cuerpo electoral, de manera que a éste puede concebírsele en dicho ámbito como un auténtico segundo órgano legislativo junto al Parlamento.[64]

La Ley parlamentaria se presenta, por antonomasia, como el instrumento central de dirección del Estado constitucional democrático con el programa normativo formulado por el Bundestag al mismo tiempo para los poderes ejecutivo y judicial.[65] En ese sentido, y con razón, se ha concebido al poder legislativo como un «poder dirigente».[66] El ámbito reservado al mismo ha sido delimitado a través de concretas disposiciones que, como el art. 104.1 GG, frase primera, requieren una regulación a través de ley formal, conforme a la teoría de la esencialidad desarrollada por el Tribunal Constitucional.[67] Según ella, se reservan a la función legislativa del Estado todas las decisiones «esenciales». Sin embargo, hasta el momento sólo se ha precisado como criterio la relevancia para los derechos fundamentales de las medidas estata-

---

62 De manera similar, *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 19.

63 Sobre ello más detenidamente véase *infra* V.

64 En particular, sobre las relaciones problemáticas posibles entre ambos, *infra* VIII.2.

65 Una reciente recapitulación puede consultarse en *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, en: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (edits.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, vol. I, 2006, § 9, marginal 1 y ss.

66 *H. Dreier*, Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, en: DÖV 2002, 537 (537).

67 Decisiones principales: BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 88, 103 (116). *Cfr.* sobre ello más en profundidad, *F. Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, en: J. Isensee/P. Kirchhof (edits.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. V, 3.ª edición, 2007, § 101, marginal 52 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 113 y ss.; *Reimer*, Parlamentsgesetz (nota 64), § 9, marginal 47 y ss.

les, de modo que, en concreto, en el ámbito de las reglas organizativas, tales criterios permanecen borrosos.[68] La función «legislativa» disfruta de una garantía adicional a través de los institutos jurídicos de la reserva y el rango de ley (art. 20.3 GG)[69]. La reserva de ley exige para toda medida estatal una habilitación legal parlamentaria;[70] mientras que, por su parte, el rango de ley vincula al poder ejecutivo y al judicial a la ley emanada del Parlamento (para los tribunales, de nuevo reiterado en el art. 97.1 GG).[71] Mientras esa vinculación a la ley, en el caso del Gobierno y de la Administración, se interpreta en sentido estricto (máxima: «ningún poder de rechazo de la norma por parte del ejecutivo»),[72] la Ley Fundamental consagra una válvula de seguridad para el poder judicial a través del control concreto de las normas o interposición de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 100. 1 GG), que autoriza a los tribunales al control de las leyes parlamentarias por iniciativa propia, si bien, en último extremo, el poder de rechazo se monopoliza en el Tribunal Constitucional Federal.[73] En particular, se deduce en definitiva de la reserva y del rango de ley que al segundo y al tercer poder no les cabe ni diseñar su propio programa normativo ni desvincularse del establecido por el primer poder.[74]

---

[68] Críticamente, por ejemplo, *J. Isensee*, Anmerkung zu VerfGH NW, Urteil v. 9.2.1999 – VerfGH 11/98, en: JZ 1999, 1113 (1116), que habla de un «término nebuloso»; véase también *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 95 y ss., así como *Reimer* (nota 64), § 9, marginal 50 y ss., que se manifiesta a favor de apartarse de la «teoría de la consustancialidad« (op. cit., marginal 50, 57).

[69] *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 537.

[70] Más en concreto, *Ossenbühl* (Fn. 66), § 101, marginal 11 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 105 y ss.; *Reimer* (nota 64), § 9 marginal 23 y ss.

[71] De nuevo, *Ossenbühl* (nota 66), § 101, marginal 1 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 92 y ss., así como *Reimer* (nota 64), § 9, marginal 73 y ss.; en lo que se refiere a la jurisprudencia, véase recientemente *J. Wenzel*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, en: NJW 2008, 345 y ss.

[72] En general, acerca de la vinculacion normativa de la administración, *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, p. 159 y ss., así como *G.F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, p. 455 y ss. En concreto, sobre el problema del poder de rechazo del ejecutivo, *cfr.* la monografía de v. *M. Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, 1998.

[73] Más detenidamente sobre el control de constitucionalidad por parte de los tribunales, *C. Starck*, Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit, en: *idem* (edit.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt, parte I, 2004, p. 117 (121 y s.); *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 191 y ss.; instructivamente sobre los límites que debe de tener en cuenta el Tribunal, *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 532 y ss.

[74] Subrayado por *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 538.

Esta, en apariencia clara, atribución de la función legislativa del Estado al Parlamento admite excepciones tanto desde el plano *jurídico*-constitucional como *práctico*-constitucional. El poder ejecutivo participa en la función legislativa no sólo mediante la facultad de iniciativa legislativa gubernamental (art. 76 Abs. 1 GG) y la potestad atribuída al presidente de la Federación para sancionar y promulgar las leyes federales (art. 82 Abs. 1 GG), sino también a través de una pluralidad de habilitaciones legislativas a la potestad reglamentaria conforme a lo dispuesto en el art. 80.1 GG, lo que lo convierte cuantitativamente, y con diferencia, en el más importante productor de normas.[75] La jurisdicción participa también en el poder de rechazo normativo centralizado en el Tribunal Constitucional no sólo como un cuasi «legislador negativo» (*cfr.* art. 93.1, n.º 2 y 2a, art. 100.1 GG, así como §§ 78, 93.3 de la Ley del Tribunal Constitucional),[76] sino también en su condición de permanente productor de jurisprudencia.[77] Esta actividad generadora de normas, no amparada por el tenor literal de la Ley Fundamental, se ha considerado, sin embargo, como inevitable por parte del Tribunal Constitucional[78] (que él mismo ha llevado a la práctica recientemente en la construcción del derecho fundamental a la utilización de la informática).[79]

Especial consideración merece el papel del Parlamento como legislador presupuestario (art. 110 GG). El Presupuesto aprobado por el Parlamento sirve, por su parte, como programa directivo tanto para el poder ejecutivo

---

[75] Una instructiva enumeración en *B.-O. Bryde*, en: I. v. Münch/P. Kunig (edits.), GG-Kommentar, 5.ª edición, 2003, art. 80 anexo (p. 258 y s.).

[76] Sobre la concepción de «legislación negativa», *H. Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, en: VVDStRL 5 (1929), p. 30 (56); *cfr.* sobre ello ahora *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970, p. 143 y ss., así como la más reciente reflexión de *R.C. van Ooyen*, Politik und Verfassung, 2006, p. 209 y ss.

[77] Más concretamente sobre esa problemática, *F. Müller*, «Richterrecht», 1986, p. 11 y ss.; *F. Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, pág 5 y ss.; *R. Schulze/U. Seif*, Einführung, in: *idem* (edits.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, 2003, p. 1 y ss., así como *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 135 y ss.

[78] Decisiones fundamentales: BVerfGE 34, 269 (286 ff.) – *Soraya*; aceptado en E 65, 182 (190 y s., 194 y s.); 69, 315 (369 y ss.); 71, 354 (362 y s.); *cfr.* además *H. Heußner*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, en: Festschrift Hilger und Stumpf, 1983, p. 317 y ss.; *B. Pieroth/T. Aubel*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, en: JZ 2003, 504 (505 y ss.).

[79] BVerfG NJW 2008, 822 (824). En ese sentido, como la primera y más detenida consideración, *A. Tschentscher*, Das Grundrecht auf Computerschutz, en: AJP 2008, 383 y ss.

como para el judicial, en cuyo marco se les asignan recursos para funciones determinadas, decidiendo al mismo tiempo sobre proyectos concretos (como armamentísticos o grandes infraestructuras).[80] Posibilidades inversas de injerencia por parte de los otros titulares de las funciones del Estado se habilitan mediante la potestad del Gobierno para presentar el proyecto de ley de presupuestos (art. 110.3 GG, frase primera), a través de sus facultades en casos de crisis presupuestaria (111 GG), así como con arreglo a su reserva de autorización para las leyes que impliquen un incremento de gastos o una disminución de ingresos (art. 113 GG; *cfr.* también art. 23.5 GG, frase tercera).[81]

El control por el poder judicial de la Ley de presupuestos no se distingue, ciertamente, a tenor de lo dispuesto en la Constitución, del que se lleva a cabo respecto del resto de las leyes federales, si bien exige el Tribunal Constitucional Federal en aquel caso una gran cautela debido a la ausencia de un límite de endeudamiento justiciable (*cfr.* art. 115.1 GG, segunda frase, que limita el posible aumento de los ingresos hasta la cuantía prevista para los gastos, aunque admite excepciones «para la defensa del equilibrio general de la economía»).[82] Una ojeada a la práctica constitucional de los Estados federados muestra cómo las decisiones de sus respectivos Tribunales Constitucionales, que han censurado reiteradamente las leyes de presupuestos sobre la base de cláusulas detalladamente redactadas, prácticamente han carecido de consecuencias.[83] Por medio de este control constitucional de los procesos de ponderación fiscal se han establecido límites en orden a una adecuada delimitación de las funciones.[84]

---

[80] Más en concreto, sobre el presupuesto como un programa de gastos, *W. Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, p. 291 y ss.; *F. Kirchhof*, Das Haushaltsrecht als Steuerungsressource, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz (nota 49), p. 107 y ss.; *Dreier*, Kampf (nota 49), p. 87 y ss.

[81] «Sobre la posición preeminente del ejecutivo» en el derecho presupuestario, véase más en concreto *Dreier*, Kampf (nota 49), p. 91 y ss. (cita p. 91); *cfr.* también (nota 21), § 27, marginal 32.

[82] Últimamente BVerfG NVwZ 2007, 1405 (1410 y ss.) – *Haushaltsgesetz 2004*. Más en concreto, con ulteriores anotaciones, *W. Heun*, en: Dreier, GG III (nota 19), art. 115, marginal 18 y ss.; *cfr.* su resignada conclusión en el marginal 30.

[83] *Cfr.* las resoluciones NWVerfGH NVwZ 2004, 217 – *Landeshaushaltsgesetze 2001/2002*; BerlVerfGH LKV 2004, 76 – *Haushaltsgesetz 2002/2003*, así como NWVerfGH NVwZ 2007, 1422 – *Zweites Nachtragshaushaltsgesetz 2005* y además como sinopsis *C. Waldhoff*, Verfassungsrechtlicher Sparzwang im Landeshaushalt unter den Bedingungen einer «extremen Haushaltsnotlage», en: NVwZ 2004, 1062 y ss.

[84] Parecido en este sentido, *J. Wieland*, Staatsverschuldung als Herausforderung für die Finanzverfassung, en: JZ 2006, 751 (753 y s.).

El resultado más relevante en la subespecie de división de poderes que se deriva de la mutación constitucional experimentada por la Ley Fundamental, debería ser la trasposición del antagonismo entre Parlamento y Gobierno —propio del desarrollo del sistema parlamentario de gobierno— al interior del Bundestag, en el que se contraponen, en adelante, la mayoría de gobierno y la oposición.[85] Mientras que la exigencia de una «parlamentarización del Gobierno» apuntó bajo el imperio del constitucionalismo siempre hacia un mejor control del ejecutivo (monárquico) por parte del Parlamento,[86] paradójicamente su plena implantación en el seno de la Ley Fundamental ha conducido a un debilitamiento del Parlamento. Ello se debe a que la dependencia parlamentaria del Canciller federal y, con ello, de todo el Gobierno (nombramiento conforme al art. 63 GG y cese en base al art. 67 y s. GG; *cfr.* para los ministros el art. 69.2 GG) se ha transformado, desde la perspectiva práctico-política, en una no menor dependencia de la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno del Canciller, que precisamente por ello es capaz de imponer en la práctica su agenda política a los grupos parlamentarios de la mayoría, en la medida que sólo él representa una opción política de poder idónea para el aseguramiento de su propia posición mayoritaria. Más de lo expuesto se observa en relación con los pactos de coalición que, siguiendo una larvada jerga berlinesa, sólo pueden ser «transformados» por los portavoces de los grupos parlamentarios del Bundestag. La disolución parlamentaria ordenada por el Canciller Schröder en 2005 resume, como en la imagen de un puzle, el desequilibrio fáctico del poder.[87]

La propia Ley Fundamental ha sacado detalladamente consecuencias de este cambio de paradigma y, en ese sentido, ha configurado las potestades de control parlamentario como un derecho de las minorías (*cfr.* art. 44.1 GG, primera frase: solicitud de constitución de una comisión de investigación a instancia de la cuarta parte de los diputados del Bundestag; art. 93.1, n.º 2 GG: demanda de incoación del control abstracto de constitucionalidad a solicitud de la tercera parte de los mismos).[88] Por lo demás, el Tribunal

[85] Por todos, *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 20.

[86] *Cfr.* aquí *J.-D. Kühne*, Volksvertretungen im monarchischen Konstitutionalismus (1814-1918), en: Schneider/Zeh (nota 20), § 2, marginal 25 y ss.

[87] *Cfr.* BVerfGE 114, 121 y además *J. Ipsen*, Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages – eine Nachlese, en: NVwZ 2005, 1147 ff.; *W. Löwer*, Inszeniertes Misstrauen, en: DVBl. 2005, 1102 y ss.

[88] Al respecto, *H. Hofmann/H. Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, en: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht (nota 20), § 5 marginal 64 y ss.

Constitucional ha reaccionado al respecto y, por ejemplo, ha concedido a las minorías en el Bundestag la posibilidad de hacer valer judicialmente la lesión de las competencias del órgano en su conjunto (como, por ejemplo, frente al Gobierno federal).[89] El control parlamentario del ejecutivo, detalladamente regulado por la Ley Fundamental, es ejercido en casos patológicos excepcionales por el Bundestag como un todo, convirtiéndose en el día a día parlamentario en una tarea de la oposición.[90] Además de los aludidos instrumentos, se recogen todavía los prácticos y significativos controles de la labor del gobierno que llevan a cabo las comisiones del Bundestag (*cfr.* art. 45, 45a GG, en relación con el §§ 54 y ss. del reglamento parlamentario),[91] así como las facultades para formular preguntas, más concretamente reguladas en su reglamento interno (el denominado derecho de interpelación: §§ 100 y ss.).[92] No menos importante es el control informal que puede originar mediáticamente la crítica regular realizada en el Parlamento como foro público de un Estado constitucional democrático (*cfr.* la regla fundamental prevista en el art. 42.1 GG, frase primera).[93] Los restantes instrumentos formales de control, como la facultad de requerir la comparecencia de los miembros del Gobierno ante el Bundestag, así como la de exigirle cuentas (el denominado derecho de citación, art. 43 Abs. 1 GG), apenas se aplican en la situación actual del desarrollo del sistema de gobierno parlamentario en la medida en que presuponen una decisión mayoritaria.[94]

Junto a la dirección que se lleva a cabo a través de la Ley y del Presupuesto, así como también a través de los controles parlamentarios del ejecutivo, el Bundestag interfiere en otros supuestos en los ámbitos funcionales

---

[89] BVerfGE 1, 351 (359); 2, 143 (165); 104, 151 (193); 118, 244 (254 f.); recientemente subrayado por el Tribunal Constitucional Federal (nota 39), marginal 45.

[90] Opinión ampliamente mayoritaria: *Wank*, Gewaltenteilung (nota 31), p. 625 y s.; *P.M. Huber*, Regierung und Opposition, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 47, marginal 29 y ss., 38 y ss. Como «compensación» lo concibe *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 186.

[91] BVerfGE 80, 188 (222). Más en concreto *W. Zeh*, Gliederungen und Organe des Bundestages, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 52, marginal 39 y ss., así como *M.E. Geis*, Parlamentsausschüsse, ebda., § 54, marginal 3, 5 y ss.

[92] Sobre ello sólo *C. Brüning*, Der informierte Abgeordnete, en: Der Staat 43 (2004), 511 y ss.

[93] Sobre la publicidad parlamentaria, ilustrativamente *J. Linck*, Die Parlamentsöffentlichkeit, en: ZParl. 23 (1992), 673 y ss., así como *Brenner* (nota 22), § 44, marginal 39 y ss.

[94] Como aquí *B. Pieroth*, en: Jarass/*idem*, GG (nota 13), art. 43, marginal 1.

de diferentes poderes. Dado que el Bundestag es el único órgano constitucional dotado de legitimación democrática directa mediante elección popular (*cfr.* art. 38 y s. GG),[95] le corresponde sobre todo a él la relevante función de transmitir esa legitimación a la designación de los titulares de las funciones de los poderes ejecutivo y judicial. Al lado de la ya mencionada elección del Canciller (art. 63 GG), debe aludirse aquí a su participación en la elección del presidente federal (art. 54.1 y 3 GG),[96] de los magistrados del Tribunal Constitucional (art. 94.1 GG, frase segunda), así como de los jueces de los Tribunales federales superiores (art. 95.2 GG: por medio de la Comisión de elección judicial).[97] Además, el Bundestag asume competencias puntuales vinculadas funcionalmente a la administración o al poder judicial: aquí desempeña un importante papel la función administrativa del presidente del Bundestag frente a los partidos políticos (*cfr.* art. 40.1 GG, frase primera, §§ 18 y ss. de la Ley de Partidos).[98] Por su parte, naturaleza materialmente jurisdiccional tienen las decisiones de la comisión parlamentaria conforme a lo dispuesto por el art. 10.2 GG,[99] así como el control electoral efectuado por el Bundestag (art. 41 Abs. 1 GG), sin perjuicio de la actividad desarrollada por las comisiones de investigación.[100] Finalmente, plantea una complicada delimitación la atribución al poder legislativo o al ejecutivo de decisiones puntuales adoptadas por el Bundestag con relación a la denominada planificación legal materialmente orientada, por ejemplo, la realizada para acelerar los proyectos de tráfico y de infraestructuras vin-

---

[95] Sobre ello sólo *H. Dreier*, en: *idem*, GG II (nota 9), art. 20 (Demokratie), marginal 98, 119 y s.; más en concreto *idem*, Staatsgewalten (nota 65), p. 537.

[96] El Bundestag propone la mitad de los miembros de la citada Asamblea federal (la otra mitad es elegida por la representación popular de los Estados federados); el procedimiento de elección es descrito por *M. Nettesheim*, Die Bundesversammlung und die Wahl des Bundespräsidenten, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 63, marginal 4 y ss., 10 y ss.

[97] En detalle y con ulteriores precisiones, también sobre una crítica a estos procedimientos, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 128 y ss., 248 y ss., 302 y s., 305 y s., 307 y ss.

[98] Más en detalle *M. Cornils*, Das Sanktionensystem des Parteiengesetzes, en: VerwArch. 91 (2000), 327 (327 y s.); críticamente *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 42 y s., que teme tanto la sobreexigencia del presidente del Bundestag como la influencia partidista a sus decisiones.

[99] Al respecto, con ulteriores preciones, *U. Hufeld*, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, p. 106 y ss., 237 y s.

[100] Por todos, *M. Morlok*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 44, marginal 15; sobre el sólido ámbito de control del poder judicial, *ibidem*, marginal 28; acerca de la restricción de la tutela jurídica conforme al art. 44,4 de la Ley Fundamental de Bonn, *ibidem*, marginal 56 y ss.

culados a la reunificación alemana.[101] El Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, ha consentido esta intromisión al amparo del interés general predominante existente en la especial situación de la reunificación.[102] Sustentada sobre parecidas premisas, aunque claramente más problemática, es la práctica de las denominadas reservas de modificación de la potestad reglamentaria, que abre al Bundestag el recurso material a la aprobación de normas por vía decisoria.[103] Según la interpretación más adecuada, esta práctica no encuentra amparo en la Ley Fundamental.[104] Aquí no es tan relevante una contradicción con el abstractamente concebido principio de división de poderes como la ausencia de una apoyatura para dicha posibilidad en el texto constitucional.[105]

2. *Ejecutivo*

Que los límites del «poder ejecutivo» son los más débilmente delimitados se pone de relieve ya en el hecho de que la teoría del Estado alemana a la hora de definir el concepto de «administración» recurre, hoy como antes, al denominado método residual, conforme al cual se enmarcan dentro del ámbito competencial del ejecutivo todas aquellas funciones que no se hallan atribuidas ni al poder legislativo ni al judicial.[106] Los intentos de delimitación positiva responden más bien a tipos-ideales descriptivos que a una

[101] Véase sobre la problemática, con ulteriores precisiones, *C. Schneller*, Objektbezogene Legalplanung, 1999, p. 51 y ss., así como *H. Dreier*, en: *idem*, GG I (nota 8), art. 19, I, marginal 13 y ss.

[102] BVerfGE 95, 1 (17 y ss.).

[103] *Cfr.* además BVerfGE 114, 196 – *Beitragssicherungsgesetz*. Más en concreto sobre las diferentes posibilidades del Bundestag para influir sobre la aprobación de disposiciones reglamentarias por parte del ejecutivo, *J. Schmidt*, Die Beteiligung des Bundestages beim Erlaß von Rechtsverordnungen, 2002, p. 56 y ss.; *F. Ossenbühl*, Verordnung, en: Isensee/Kirchhof, HStR V (nota 66), § 103, marginal 57 y ss.; *H. Bauer*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 80, marginal 27 y ss.

[104] Como aquí, *S. Thomsen*, Rechtsverordnungen unter Änderungsvorbehalt des Bundestages?, en: DÖV 1995, 989 (992 y s.); *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 73; *Bauer* (nota 103), art. 80, marginal 30; más estrictamente *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 522 y s., que considera inadmisible cualquier participación del Bundestag en la aprobación de reglamentos.

[105] El ejemplo sería la necesidad de consentimiento dispuesta en el art. 109, 4 GG, frase segunda.

[106] Más en concreto al respecto, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 8 y s. Diferente apreciación en la actualidad en *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 514 y s., a consecuencia de eso, el poder ejecutivo se distingue por medio de su papel mediador entre el primer y el tercer poder.

construcción delimitadora. Sobre todo sería determinante «el elemento de la acción estatal directa»[107] que, a diferencia de la actividad jurisdiccional, no se circunscribe únicamente a una ejecución de las normas aprobadas por el poder legislativo, sino que encarna una iniciativa propia y cierta flexibilidad en lo que se refiere al «si» y al «cómo» de la actividad del Estado.[108]

Sustentada en la Ley Fundamental y, por ende, pacífica, es la ulterior distinción entre la función de *gobierno* propiamente dicha y la actividad *administrativa* subordinada a ella (*cfr.* art. 62 y ss., 84 y ss. GG).[109] Después de una inicial inclinación del Tribunal Constitucional hacia un «concepto material de Gobierno», del que esperaba deducir tanto concretas presunciones de competencia, como criterios de delimitación frente a los otros poderes,[110] predomina ahora el escepticismo frente a dicha tarea. La conocida caracterización de la función de gobierno como «dirección del Estado»[111] también oculta que semejante función no es atribuida por la Ley Fundamental únicamente al Gobierno, sino a todos los órganos constitucionales «pro indiviso».[112] De la mera suma de las disposiciones constitucionales relativas a las competencias y a las funciones concretas del Gobierno federal —con lagunas y de poco valor informativo— se deriva sólo la referencia a sus particulares elementos definitorios, tales como su concepción como órgano de creación, la consideración de su incidencia sobre contextos más amplios, así como su orientación hacia imperativos de actuación más políticos que jurídicos.[113]

Este elemento creativo decrece en la función estatal de la «administración», si bien no se encuentra completamente ausente. Dicho elemento es, sobre todo, más relevante que cuando el Gobierno se limita a ejecutar el pro-

---

[107] *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 26.

[108] *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 22.

[109] Por todos *Hesse*, Grundzüge (nota 39), marginal 531 y ss., 536 y ss. Si esta distinción es expresión de un «control intraorgánico» de la división de poderes permanece cuestionado; así, sin embargo, *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 692; de manera similar previamente *Wank*, Gewaltenteilung (nota 31), p. 625.

[110] BVerfGE 1, 372 (394); *cfr.* además críticamente *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 26, así como *M. Schröder*, Aufgaben der Bundesregierung, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 64, marginal 9.

[111] BVerfGE 11, 77 (85); 26, 338 (395 y s.).

[112] Formulación de *E. Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, en: VVDStRL 16 (1958), p. 9 (38); siendo asumida de manera aproximativa por *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 33.

[113] Listados similares en *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 22 o *M. Schröder*, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, en: Isensee/Kirchhof, HStR V (nota 66), § 106, marginal 2 y ss.

grama del legislador, aplicándose así el sentido más literal de la palabra «poder». A diferencia de la jurisdicción, el poder ejecutivo no es independiente en lo que se refiere a la aplicación del derecho, ni se orienta a una mecánica aplicación normativa en el sentido de una pura rectitud dogmática. Más bien encuentra de forma habitualmente más reducida «el momento creativo y conformador de la amplia tutela del interés general, pero no se deja guiar completamente por la ley respecto de las decisiones orientadas al futuro».[114]

La atribución de las funciones del poder ejecutivo a los órganos primarios competentes se ha llevado a cabo en la Ley Fundamental de manera más bien esquemática disponiendo, no menos responsablemente, que el peso fundamental de la Administración federal alemana descanse sobre los Estados federados, según la regla fundamental del art. 83 GG, y dedicando a ello pocas menciones. En general, el Gobierno federal es considerado como el supremo órgano del poder ejecutivo;[115] ejerce tanto las funciones clásicas de gobierno como de administración. En el ámbito de estas últimas se encuadra el papel de los diferentes ministros federales como cabezas visibles de la Administración federal (*cfr.* art. 65.2, 65a GG, frase primera),[116] así como las funciones que le corresponden al Gobierno federal en tanto órgano colegiado, en el sentido del art. 62 GG (como la autorización para la exportación de armas de guerra, art. 26.2 GG, frase primera, o la aprobación de disposiciones administrativas generales para la ejecución de las leyes federales, art. 84.2, 85.2, frase primera, 86, frase primera, GG).[117]

Mientras que la superposición de una Administración federal (art. 86 y ss. GG), sólo delimitable *a posteriori* respecto de otras funciones estatales, se encuentra circunscrita por la Ley Fundamental, en esencia, únicamente a su vinculación con la ley parlamentaria (o con el reglamento) art. 20.3 GG, así como al control que de dicha vinculación realizan los tribunales contencioso-administrativos, tal y como se prevé en el art. 19.4 GG, frase primera, el Gobierno, en tanto cabeza visible del ejecutivo, aparece entrelazado de múltiples maneras con los otros poderes.[118] Incide sobre el

---

[114] *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 9; de manera parecida *Schmidt-Aßmann* (nota 13), § 26, marginal 52.

[115] BVerfGE 9, 268 (282).

[116] A tal efecto, concisamente *W. Loschelder*, Weisungshierarchie in der Exekutive, en: Isensee/Kirchhof, HStR V (nota 66), § 107, marginal 43 y s.

[117] En concreto, *M. Oldiges*, Die Bundesregierung als Kollegium, 1983.

[118] Un vistazo general al respecto, *Möllers*, Gewaltengliederung (nota 40), p. 411 y ss., 417 y s.

Bundestag, como órgano legislativo, a través de la facultad de iniciativa legislativa (art. 76.1 GG) y del refrendo previo a la promulgación de las leyes federales (art. 82 GG en relación con el art. 58.1 GG) e incluso a través de la facultad de asistencia-comparecencia ante el Parlamento. A ello se unen también numerosas posibilidades informales de influencia que, precisamente por su vinculación a los partidos políticos, podrían operar de una manera más intensa de lo abiertamente permitido por la Ley Fundamental.[119]

El reparto de funciones y de poder *en el seno* del Gobierno federal se aborda también, en concreto, como una materialización de la separación de poderes. Desde esta perspectiva, el principio de división ministerial (art. 65 GG, frase segunda: cada ministro federal dirige «las funciones de su cartera de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad»), así como el principio de colegialidad (art. 65 GG, frase tercera: decisión del Gobierno federal sobre las divergencias de criterio existentes entre los ministros federales) deben «equilibrar» la competencia del Canciller federal para dirigir la acción de gobierno (art. 65 GG, frase primera) y, con ello, operar moderadoramente en el sentido de la división de poderes o evitar los abusos de poder.[120] Eso podría, por un lado, sobredimensionar la eficacia jurídica de las citadas normas que, según opinión unánime, no son capaces de reproducir ni de regular las relaciones reales de poder que existen *de facto* dentro de un Gobierno sustentado por una coalición[121] y, por otro, forzar el principio de división de poderes por lo menos cuando tratan de deducirse de los mencionados paralelismos consecuencias palpables en el sentido de una vulneración del art. 20.2 GG, frase segunda.

Especial mención requiere dentro del poder ejecutivo también el presidente federal.[122] Y ello porque la tan particular configuración de su cargo

---

[119] Como aquí, también *Huber* (nota 90), § 47, marginal 16 y ss.; *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 72; detalladamente *idem*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, p. 285 y ss.

[120] Así *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 693 y s. En concreto, sobre el principio departamental y de colegialidad, así como en lo que se refiere a la facultad para la fijación de directrices, *G. Hermes*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 65, marginal 15 y ss., 28 y ss., 32 y ss., así como *S. Detterbeck*, Innere Ordnung der Bundesregierung, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 66, marginal 12 y ss., 25 y ss., 44 y ss.

[121] A tal efecto, por todos, de manera lúcida, *Hermes* (nota 120), art. 65, marginal 13 y s.

[122] En lo que se refiere a la atribución del poder ejecutivo al presidente federal, como aquí, *R. Herzog*, en: T. Maunz/G. Dürig (edits.), GG, art. 54 (1986), marginal. 17; *B. Pieroth*, en: Jarass/*idem*, GG (nota 13), art. 54, marginal 1; de forma más comedida *Schulze-Fielitz* (Fn. 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 69.

genera numerosos solapamientos con otras funciones del Estado.[123] Ello se ilustra ya en el caso de su denominada función de «notariado estatal», que confiere eficacia a los actos jurídicos procedentes de otros órganos del Estado a través de su promulgación. Ello afecta al poder legislativo,[124] al ejecutivo,[125] así como a numerosos actos que, por su parte, resultan de la colaboración de diferentes órganos, como el nombramiento de jueces federales (art. 60.1 GG) o la ratificación de los tratados internacionales autorizados por el Bundestag tras su negociación por el Gobierno federal (art. 59.1 GG, frase segunda y 59,2 GG).[126] Esta función certificadora suscita la cuestión de si al presidente le corresponde alguna facultad en lo que se refiere al control de constitucionalidad de estos actos jurídicos.[127] Aquí la pluralidad de opiniones podría resumirse de una manera simplificativa afirmando que al mismo le está vedado todo enjuiciamiento político, mientras que en el supuesto de defectos jurídico-*materiales* su control sólo es posible en los supuestos de grave y evidente infracción, siendo posible siempre en el caso de defectos *formales*. Esta «potestad formal de control» del presidente federal le ha llevado recientemente a negar la promulgación de leyes parlamentarias en dos supuestos similares y, con ello, a bloquear, como mínimo puntualmente, al poder legislativo.[128]

Por el contrario, sólo se le reconoce al presidente una auténtica discrecionalidad en casos concretos; en la práctica mantiene en situaciones políticas de bloqueo una influencia sobre la provisión y la duración del mandato de los órganos legislativos y ejecutivos supremos:[129] en su libre decisión descansa el nombramiento de un Canciller en minoría que en tercera ronda no

---

[123] Contrario a toda coordinación, por tanto, *M. Nettesheim*, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 61, marginal 10 en su conclusión.

[124] Expedición y promulgación de las leyes federales, art. 82. 1 GG, frase primera, GG; nombramiento del Canciller electo, art. 63. 2 GG, frase segunda, así como art. 67.1 GG, frase segunda; nombramiento de los jueces electos del Tribunal Constitucional, § 10 BVerfGG.

[125] Nombramiento de los ministros del Gobierno federal y de los funcionarios, art. 60 Abs. 1, art. 64 Abs. 1 GG.

[126] *Cfr. infra* IV.1 sobre el «poder exterior».

[127] Por todos, la recapitulación de *M. Nettesheim*, Die Aufgaben des Bundespräsidenten, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 62, marginal 36 y ss., 44 y s., 49.

[128] En relación con la ley de información a los consumidores, así como con la ley sobre la privatización de la seguridad aérea; sobre ello véase la novísima posición de *F. Schoch*, Die Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren, en: Jura 2007, 354 y ss.

[129] Se activa aquí su denominada función de «mediador político»: *I. Pernice*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 54, marginal 25 y s.

haya conseguido la mayoría absoluta del Bundestag (art. 63.4 GG, frase 3),[130] como también la disolución del Bundestag tras la pérdida de una cuestión de confianza presentada por el Canciller (art. 68.1 GG, frase 1).[131] Su derecho de gracia (art. 60 Abs. 2 GG) le permite además influir fácticamente sobre el poder judicial.[132] Finalmente, el presidente puede ejercer una influencia informal sobre todas las funciones del Estado, en la medida en que contextualiza en público sus posibles consecuencias; esta potestad de dirección «débil» —dependiendo de la interpretación del cargo que haga su titular— podría llegar a ser más importante que las facultades formales de injerencia.

Desde la perspectiva inversa, el presidente federal se encuentra en estrecha dependencia con los demás órganos del Estado: el Bundestag no sólo representa a una parte de su cuerpo electoral (art. 54. 1 y 3 GG), sino que puede —como el Bundesrat— poner fin a su cargo a través de la acusación presidencial, sobre la que decide por otra parte el Tribunal Constitucional Federal (art. 61 GG).[133] El refrendo de los actos del presidente federal por parte de los miembros del Gobierno federal procura, además, como mínimo una indirecta responsabilidad frente al Parlamento (art. 58, frase primera, GG).[134]

Si nos preguntamos, por último, cuál es el «ámbito nuclear» del ejecutivo restante, encontramos en el centro del debate tres reservas competenciales, en un principio reconocidas pero igualmente precarias,[135] a las que se alude mediante las expresiones de «núcleo de la responsabilidad ejecutiva propia», «autonomía de la administración» o «poder de organización». El mencionado poder de organización del art. 64,1 GG es el que más claramente cabe delimitar en la medida en que faculta al Canciller federal no sólo a

---

[130] Al respecto, *G. Hermes*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 63, marginal 33, 39 y ss. Decidido el presidente en contra del nombramiento, debe de disolver el Bundestag.

[131] *Cfr.* ya *supra* en la nota; véase además la facultad para la determinación del aludido estado de emergencia legislativa en el art. 81 GG.

[132] Sobre ello *C. Mickisch*, Die Gnade im Rechtsstaat, 1996, p. 26 y ss., así como recientemente *G. Hindrichs*, Autorität und Milde – Zum Begnadigungsrecht des Bundespräsidenten, en: JZ 2008, 242 y ss.; especialmente sobre la función de corrección de la facultad de gracia, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 171 y s.

[133] Al respecto, *Nettesheim* (nota 122), § 61, marginal 66 y ss.; la norma no ha obtenido aplicación hasta el momento.

[134] Sobre la función de la norma, *Pernice* (nota 54), art. 58, marginal 6, 8; *cfr.* ya *supra* III.1 en lo relativo a la derivación histórica.

[135] Por todos atinadamente, *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 499: El *topos* del ámbito nuclear podría «señalar en todo caso directamente convincentes límites del abuso».

la designación de los ministros federales, sino también a circunscribir sus respectivos ámbitos competenciales.[136] Esta posibilidad de organización interna de los titulares del ejecutivo sin necesidad de apoyarse en un ulterior fundamento legal se proyecta también al supuesto de las autoridades subordinadas a los ministros federales (*cfr.* art. 86 GG, frase segunda) y se reproduce en el ámbito de los Estados federados. Ciertamente, según la concepción predominante y más adecuada, no se acota con ello un ámbito *completo* predeterminado normativamente. El legislador parlamentario puede, por tanto, encomendar tareas particulares a ciertos ministerios o autoridades, en tanto no comience a diseñar en detalle el organigrama del ejecutivo.[137] Esta ausencia de un ámbito predeterminado reservado al Gobierno se deduce ya a nivel federal de diferentes reglas específicas, como las que en los arts. 86 GG, frase segunda, 87.3 GG, frase segunda, o en el art. 87d.3 GG, frase segunda, admiten expresamente la intervención del legislador en la estructura de las autoridades, o sin más, la presuponen.

La reserva en favor de la «autonomía», o también de la «capacidad funcional» del Gobierno,[138] desarrolla su máxima relevancia práctica como blindaje frente al poder de investigación parlamentario del art. 44 GG. Aquí se acepta en buena medida que el Bundestag ha de respetar un en principio inescrutable «ámbito de iniciativa, orientación y libre acción del ejecutivo», cuya concreta delimitación es, por otra parte, controvertida.[139] Si se considera el poder de investigación no como una «quiebra» de un principio de

---

[136] Clásicamente *E.-W. Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, p. 286 y ss.; *cfr.* además *G. Hermes*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 64, marginal 8 y ss., así como *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 100 y s. (todos ellos con ulteriores consideraciones).

[137] Como aquí, *Böckenförde*, Organisationsgewalt (nota 136), p. 291 y s.; *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 100 y s.; *B. Pieroth*, en: Jarass/*idem*, GG (nota 13), art. 64, marginal 2; ampliamente *Hermes* (nota 136), art. 64, marginal 23, que únicamente considera la elección personal del Canciller como «elemento consustancial al Parlamento»; de manera similar *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 519 y s.

[138] Reconocido en BVerfGE 9, 268 (281); 67, 100 (139); 95, 1 (15). Véase sobre ello clásicamente *U. Scheuner*, Der Bereich der Regierung (1952), en: *idem*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, p. 455 y ss.; las nuevas consideraciones de *H. Maurer*, Der Verwaltungsvorbehalt, en: VVDStRL 43 (1985), p. 135 (138 y s.), así como *T. Kuhl*, Der Kernbereich der Exekutive, 1993; véase además *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 73.

[139] Citado por *Morlok* (nota 100), art. 44, marginal 27, con referencia a la BVerfGE 67, 100 (139); *cfr.* sobre ello además *F.E. Schnapp*, Der Verwaltungsvorbehalt, en: VVDStRL 43 (1985), p. 172 (181 y ss.), así como *J. Masing*, Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte, 1998, p. 92 y ss.

división de poderes, sino como la posibilidad reconocida por la propia Ley Fundamental de controles transversales de las funciones, la existencia de dichos ámbitos parece cuestionable (la categoría, por lo demás, es propensa a abusos y debería ser objeto de atención prioritaria en lo que se refiere, sobre todo, a la precisión de sus límites para los casos en que la actividad de la comisión haga ineficaz el ejercicio de la función gubernamental al fiscalizar la actividad ordinaria del Gobierno y obstaculizar la adopción de las decisiones pertinentes).[140] Por otra parte, de las máximas referidas al ámbito nuclear no cabe deducir ningún resultado concreto en lo que se refiere al contenido de particulares funciones o competencias que el principio de división de poderes atribuye al Gobierno o que debieran ser garantizadas frente a otras funciones estatales.[141] Se reservan, en consecuencia, sólo competencias concretas que, bien por su dicción literal, por su sentido o por su ubicación sistemática en la Ley Fundamental, descartan injerencias por parte de los otros poderes. A ellas pertenecen la primacía del Canciller federal del art. 64.1 GG, frase primera, o la facultad de iniciativa legislativa del art. 76.1 GG.[142] En lo demás, no se deduce de la decisión en favor de una ordenación de las funciones desglosada por poderes ni la existencia de «actos de poder público no justiciables» ni tampoco un «sólido ámbito parlamentario» del Gobierno.

Bajo la «autonomía de la administración»,[143] finalmente se oculta la impresión de que los exhaustivos controles jurisdiccionales de los actos de poder público dispuestos por el art. 19.4 GG amenazan con ser disfuncionales si los tribunales interpretan su función de control en el sentido de que pueden imponer su propia concepción acerca de la «mejor» solución en el

[140] Así, el bien fundamentado resultado de *Morlok* (nota 100), art. 44, marginal 27; todavía en sentido más estricto se pronuncia *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 519; en consecuencia, de la división de poderes no pueden derivarse de ninguna manera límites para la actividad de la comisión.

[141] Como aquí, *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (nota 71), p. 182 y ss.; *Schröder* (nota 110), § 64, marginal 11 y ss.; *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 29, 34 y s. También el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido entretanto que sus consideraciones no permiten trazar unos límites claros acerca del «ámbito nuclear»: BVerfGE 106, 51 (60).

[142] Sobre éste y (algunos) otros ulteriores ejemplos, véase *Hermes* (nota 136), art. 64, marginal 36 y ss.; en lo que se refiere al blindaje de la autonomía personal ejecutiva también *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 520.

[143] Más en concreto sobre esta categoría, *H. Dreier*, Zur «Eigenständigkeit» der Verwaltung, en: Die Verwaltung 25 (1992), 137 y ss.; *W. Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit der Verwaltung, en: *idem*/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen I (nota 64), p. 621 y ss.

lugar de la presentada por la administración. La consecuencia práctica de ello es la clara delimitación de diferentes ámbitos de competencia material en los que los tribunales (contencioso-administrativos) ejercen de manera contenida su control competencial previsto en el art. 19.4 GG, reconociendo al ejecutivo un ámbito de decisión autónomo.[144] La limitación en el control judicial de las denominadas decisiones discrecionales se encuentra regulada legalmente en el § 114, frase primera, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme al cual dicho control ha de circunscribirse sólo a evidenciar la transgresión de los límites de la discrecionalidad, esto es, su empleo arbitrario.[145] Se abre, pues, a la administración un verdadero margen de valoración en el ámbito del régimen jurídico de los exámenes, así como en otros supuestos, en los que gremios de expertos efectúan valoraciones que no son fácilmente reproducibles.[146]

3. *Poder judicial*

La atribución de la función «jurisdiccional» por parte de la Ley Fundamental es la más estricta, tanto en la forma como en el contenido. De hecho, en la práctica se funden en uno la atribución funcional y la organizativo-institucional. El art. 92 GG afirma enfáticamente que la función jurisdiccional se «confía a los jueces». El art. 97 ampara, además, a los titulares de dicha función estatal de forma especialmente intensa frente a posibles intromisiones, en la medida en que se excluyen tanto instrucciones sobre el modo de resolver la causa (párrafo 1.º: la denominada independencia material) como medidas que puedan «penalizar» al juez por una determinada decisión (como el traslado o el cese; párrafo 2.º: la calificada independencia personal).[147]

La «función jurisdiccional» se define, según los usuales intentos de caracterización, por los siguientes elementos: (1) la decisión de una causa

[144] Un primer análisis general en *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, p. 120 y ss., así como *H. Schulze-Fielitz*, en: Dreier, GG I (nota 8), art. 19 IV, marginal 117 y ss.

[145] Sobre ello véase *R. Brinktrine*, Verwaltungsermessen in Deutschland und England, 1998, p. 99 ss.; *A. Tschentscher*, Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung, en: M. Demel y otros (edits.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, p. 165 (169 y ss.).

[146] *Cfr.* BVerfGE 84, 34 (48 y ss.); 84, 59 (77 y ss.); para ulteriores casos *Schulze-Fielitz* (nota 144), art. 19 IV, marginal 121 y ss.; *Schröder* (nota 113), § 106, marginal 28, así como *H.D. Jarass*, en: *idem*/Pieroth, GG (nota 13), art. 19, marginal 63 y ss.

[147] *Cfr.* las consideraciones *supra* en la nota 19.

(no necesariamente contradictoria) en un procedimiento regulado jurídicamente, (2) adoptada por un juez, (3) caracterizado por una posición de neutralidad frente a las partes y (4) que puede reclamar obligatoriedad para sí misma.[148] La función jurisdiccional se distingue de la formalmente análoga función de aplicación de las leyes llevada a cabo por la administración (5) especialmente por la *exclusiva* sumisión a la ley y por la correlativa independencia vinculada a ella (art. 97.1 GG). Quiebras de ello como, por ejemplo, la que representa la potestad reglamentaria del ejecutivo en relación con la función «legislativa», constituyen contadas excepciones. Sólo resulta explicable históricamente, por ejemplo, la atribución del control electoral al Bundestag (art. 41.1 GG; aunque compensada con la posibilidad de interposición de una demanda ante el Tribunal Constitucional Federal, conforme al párrafo 2 de la citada norma).[149] Lo mismo es aplicable a la potestad de gracia reconocida al presidente federal (o a los Presidentes del Gobierno en el ámbito de los Estados federados) en el art. 60.2 GG que, aunque no implica una intervención directa en la función jurisdiccional, opera cuando menos de manera jurisdiccionalmente análoga, debido a la supresión de los efectos de la decisión judicial por parte del ejecutivo.[150] Como aspecto crítico valía y vale todavía la limitación de la tutela judicial de los derechos fundamentales frente al poder público del art. 19.4 GG, frase tercera, en relación con el art. 10.2 GG, frase segunda, que privan de control judicial a las limitaciones de las libertades comunicativas (en esencia: las escuchas de las comunicaciones), trasladando esta actividad jurisdiccional a una comisión parlamentaria.[151]

Menos problemas fundamentales (aunque sí diversas cuestiones concretas controvertidas) plantea, por el contrario, la atribución a los tribunales y, en definitiva, a los jueces, de funciones propias del poder ejecutivo, lo que desde la óptica de un principio estricto de división de poderes se presenta como una extralimitación.[152] Aquella atribución aparece bajo la forma de administración judicial (concebida como administración interna *de* los tri-

[148] Más en concreto, con ulteriores precisiones, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 5 y ss.; de manera parecida en la actualidad *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 513.

[149] *Cfr. supra* en nota 53.

[150] *Cfr.* ya *supra* nota 132.

[151] En torno a la discusión sobre la constitucionalidad de la nueva regulación, véase por todos con ulteriores consideraciones *G. Hermes*, en: Dreier, GG I (nota 8), art. 10, marginal 59 y ss.

[152] Detalladamente al respecto, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 11 y ss. *et passim*.

bunales, esto es, como administración de espacios y de medios materiales y personales), deslindada de la administración de justicia (entendida como una administración *a través* de los tribunales con eficacia exterior frente a los ciudadanos), así como bajo la forma de concretas funciones de la denominada jurisdicción voluntaria (particularmente, la dirección de diferentes registros). La atribución a los tribunales de actividades administrativas encuentra su explicación, en los dos últimos casos señalados, en el devenir histórico; un sistema no recognoscible.

Potencialmente criticables y consecuentemente conflictivas son, desde una perspectiva inversa, las posibilidades de injerencia de los otros poderes en la función jurisdiccional de los tribunales. Excepción a ello es la lógica dirección de la práctica decisoria por medio de las leyes procedentes del legislador democrático, que se subraya nuevamente en el art. 97.1 GG. Mucho menos lógica resulta la intolerable dirección que se lleva a cabo por el legislador presupuestario; aquí se encuentran cada vez más y más voces que, sin hallar una apoyatura en el texto constitucional, exigen evidentemente de antemano la legítima pretensión del tercer poder de poseer una infraestructura adecuada.[153] La acusación judicial regulada en el art. 98.2 y 5 GG reconoce ulteriormente al Bundestag la facultad de iniciativa ante el Tribunal Constitucional para privar del ejercicio de su cargo al juez que contravenga el orden democrático liberal.[154] La norma se encuadra, junto al art. 9.2 (prohibición de asociaciones), 18 (pérdida de derechos fundamentales) y 21.2 GG (prohibición de partidos políticos), entre las disposiciones que identifican a la Constitución con una «democracia militante»;[155] si bien hasta el momento no ha tenido aplicación práctica. Del mismo modo, hay que considerar que el Bundestag, como foro público democrático y de control, puede erigir en objeto de sus debates los comportamientos decisorios

[153] En esa dirección, *U. Hochschild*, Neue Steuerungsmodelle in der Justiz, en: Betrifft Justiz 62 (2000), 258 (258), así como *T. Schulte-Kellinghaus*, Die Ressourcengarantie für die Dritte Gewalt, en: ZRP 2006, 169 y ss.; en el mismo sentido aquí apuntado, G. Roellecke, Der Lebensbedarf der Justiz und seine Bemessung, en: H. Schulze-Fielitz/C. Schütz (edits.), Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, 2002, p. 123 (128 y ss.), así como *F. Wittreck*, Flexibilisierung des Richtereinsatzes, en: Dokumentation 15. Deutscher Verwaltungsrichtertag, 2007, p. 73 (83).

[154] Véanse además los comentarios al art. 98 GG, *G.C. Burmeister*, Die Richteranklage im Bundesstaat, en: DRiZ 1998, 518 y ss., así como *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 159 y ss.

[155] En ese sentido por todos *H. Dreier*, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, en: JZ 1994, 741 y ss.

de los jueces.[156] El art. 98.2 y 5 GG representa, por tanto, un indicio en favor de la admisión del denominado arbitraje parlamentario que se considera, de forma mayoritaria, como una inadmisible intromisión del primer en el tercer poder.[157] Las potestades de designación directas del Parlamento (art. 94.1 GG, frase segunda: magistrados del Tribunal Constitucional) e indirectas (art. 95.2 GG: jueces de los tribunales superiores) se presentan finalmente como algo irrenunciable para una legitimación democrática de los ejercientes superiores de la función jurisdiccional que sea perceptible; si bien alguna crítica suscita aquí su utilización práctica, particularmente para los fines de los partidos políticos.

Como problemáticas se presentan también las posibilidades de influencia que posee el Gobierno con arreglo a la Constitución y a las leyes. La administración de justicia alemana se encuentra tradicionalmente en manos de los Ministerios de Justicia. Más allá de los supuestos de colaboración en el nombramiento de los jueces previstos en la Ley Fundamental (art. 95.2, 98.4 GG), aquéllos son competentes para todos los nombramientos, ascensos y especialmente para la inspección judicial. Conforme a la interpretación más adecuada, estas posibilidades de injerencia ejercen una importante función en orden a la legitimación democrática de la función jurisdiccional, especialmente para el mantenimiento de su vinculación a la ley conforme a lo dispuesto en los arts. 20.3 y 97.1 GG.[158] La concepción dominante ve aquí una amenaza latente contra la independencia judicial y la división de poderes. Tales escenarios constituyen la raíz fundamental del debate alemán en torno al autogobierno del tercer poder (*infra* VIII.1).

V. ¿La división federal alemana como «división vertical de poderes»?

La usual doble significación de la división del poder, por un lado, como una garantía frente al abuso de poder y, por otro, como un programa para una más eficaz ordenación de las funciones, sugiere, por otra parte, que el sistema federal alemán se encuadra en la semántica propia de la división de poderes y de la estatalidad equilibrada. El principio federal que se proclama en el

---

[156] Más en concreto, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 162 y s.

[157] Sobre esta posición véase por todos *R. Wassermann*, en: E. Denninger y otros (edits.), Alternativkommentar zum GG, art. 97 (2001), marginal 33 y s., 42; en la dirección aquí apuntada, *R. Mishra*, Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte, 1997, p. 216; *cfr.* nuevamente *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 169 y ss.

[158] Véase con más detenimiento *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 140 y ss.

art. 20.1 GG, y que aparece garantizado frente al cambio en el art. 79.3 GG,[159] desempeña efectivamente la función de evitar, a través de la multiplicación de centros de decisión, la concentración del poder peligrosa para la libertad (en este contexto ha de recordarse que una de las primeras medidas adoptadas por el nacionalsocialismo tras la asunción del poder fue la «sincronización de los Estados federados»[160]), como también la tarea de fomentar, con base en el principio de subsidiariedad, una división de las funciones en unidades abarcables. De hecho, la calificación de la división federal alemana como «división vertical del poder» ya se ha convertido en un patrimonio común de la Teoría del Estado.[161] En ese sentido, llama la atención que las desviaciones del sistema originario previsto en la Ley Fundamental en lo que se refiere a una nítida división de los ámbitos funcionales de la Federación y de los Estados federados —por ejemplo, en la configuración de las denominadas competencias comunes conforme al art. 91 a y ss. GG— deban ser consideradas como «quiebras» conforme a la terminología propia de la división de poderes.[162] Antes de cuestionar la legitimidad interna y el valor heurístico de esta extensión del teorema clásico de la división de poderes, hay que esbozar al menos la división del poder articulada en la Ley Fundamental entre la Federación y los Estados federados.

Contrariamente a lo que sucedió con la Constitución de Weimar, que había apostado decididamente por un «Estado federal unitario»,[163] la Ley

---

[159] A tal efecto, sobre el primer enfoque, *J. Isensee*, Der Bundesstaat – Bestand und Entwicklung, en: Festschrift 50 Jahre BVerfG, 2001, vol. 2, p. 719 y ss.; *M. Jestaedt*, Bundesstaat als Verfassungsprinzip, en: Isensee/Kirchhof, HStR II (nota 13), § 29, marginal 15 y ss.; en lo que se refiere a la posibilidad de cambio, véase aquí *Dreier* (nota 9), art. 79 III, marginal 21 y s., 23 y ss., 47 y s.

[160] Más en concreto, sobre este aspecto de la «sincronización» *H. Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, en: VVDStRL 60 (2001), p. 9 (28 y s.); *cfr.* además *R. Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, en: Isensee/Kirchhof, HStR I (nota 46), § 6, marginal 11 y ss.

[161] Sólo algunos ejemplos: BVerfGE 104, 249 (279). Voto particular *Di Fabio/Mellinghoff*; *Hesse*, Grundzüge (nota 39), marginal 231; *Di Fabio* (nota 21), § 27, marginal 11 y ss.; *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 526. Sobre la cuestión también *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 690.

[162] Esta dicción en *J. Bogumil/W. Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2005, p. 62; de manera similar, *H. Siekmann*, en: Sachs, GG (nota 10), art. 91a, marginal 1.

[163] Un conciso resumen en *H. Bauer*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 20 (Bundesstaat), marginal 4 y s.; véase además *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. V, 2000, p. 574 y ss.

Fundamental confiere a los Estados federados un mayor ámbito de decisión, sin volver a la situación de la Constitución del Reich de 1871, que fue concebida en su esencia como un pacto entre los Príncipes.[164] Los diferentes Estados federados, a tenor de la concepción mayoritariamente sostenida, gozan de la cualidad de «Estados».[165] Además tienen la posibilidad, sólo limitada en virtud del mandato de homogeneidad del art. 28,1 CE, de estructurar su propio orden constitucional («autonomía constitucional»).[166] Sin embargo, cada *concreto* Estado federado carece de una garantía de su propia existencia, como por otra parte ponen de relieve las disposiciones sobre la nueva reorganización del territorio federal del art. 29 y de los arts. 118 y 118a GG. Como quiera que el art. 79.3 GG sustrae a la posibilidad de reforma de la Constitución «la organización de la Federación en Estados federados», lo que resulta simplemente garantizado es el modelo «territorial»; de modo que en el lugar de los actuales dieciséis Estados federados podría también admitirse la existencia de un número claramente inferior.

La distribución del poder entre los aludidos Estados federados y la Federación supera, con carácter general, lo que se ha dado en denominar «federalismo ejecutivo». La supuesta regla genérica del art. 30 GG, según la cual el poder del Estado reside en los Estados federados «en tanto esta Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa» reproduce muy insuficientemente el reparto fáctico del poder. Si partimos de los criterios inspiradores de la división «horizontal» del poder se observa, incluso después de la reforma del federalismo operada en el verano de 2006, que en el ámbito legislativo domina claramente la Federación (art. 70 y ss. GG), mientras que los Estados federados imperan en la ejecución de las leyes federales a través de sus autoridades administrativas (art. 83 y ss. GG), así como en su aplicación por medio de los tribunales propios de los Estados federados (art. 92 y ss. GG). De conformidad con ello, la existencia de autoridades federales o de otras autoridades administrativas subordinadas de la Federación sólo es posible en casos excepcionales (más en concreto, en lo que se refiere a la administración propia de la Federación, véanse los arts. 86-90 GG). Aun-

[164] Véase también sobre ello *Stern*, Staatsrecht V (nota 163), p. 345 y s., 353 y ss.

[165] BVerfGE 36, 342 (360 y s.); en la doctrina *H.J. Boehl*, Verfassunggebung im Bundesstaat, 1997, p. 135, 164, 171, así como *Dreier* (nota 12), art. 28, marginal 51.

[166] Sobre esta figura BVerfGE 90, 60 (84); 99, 1 (11); *Menzel*, Landesverfassungsrecht (nota 14), p. 140 y ss., 160 y ss., 169 y ss.; a modo recopilatorio *Dreier* (nota 12), art. 28, marginal 53 y ss.

que el número de tribunales de la Federación se encuentra limitado (junto al Tribunal Constitucional Federal del art. 94 GG y los cinco Tribunales Supremos a los que se refiere al art. 95 GG, la Ley Fundamental prevé sólo de manera aislada otros tribunales federales en el art. 96 GG), desempeñan, no obstante, un relevante papel para el equilibrio del poder, en la medida en que se encuentran supraordenados a los tribunales de los Estados federados en vía de recurso, pudiendo influir sobre su jurisprudencia. La división del poder entre la Federación y los Estados federados se completa mediante la compleja Constitución financiera federal (art. 104a y ss. GG) que es objeto actualmente de una profunda reforma.

Este orden competencial se completa con un elemento central equilibrador, el Consejo federal, que permite a los Estados federados incidir primariamente sobre el ámbito de la legislación y también, con ello, sobre la administración y (al menos de manera indirecta) sobre la función jurisdiccional (art. 50 GG) al nivel federal. Este órgano de la Federación, compuesto por representantes de los gobiernos de los Estados federados, puede bien demorar (las denominadas leyes de veto, *cfr.* art. 77. 3 y 4, 78 GG) o bien impedir (las leyes de autorización, *cfr.* art. 77 Abs. 3, 78 GG) la aprobación de las leyes por parte del Bundestag. La pretensión declarada de la reforma del federalismo del verano de 2006 fue reducir el número de leyes de autorización que permiten al Bundesrat un claro poder de bloqueo.[167] Su trasfondo es la circunstancia tantas veces criticada de que la autorización en la segunda Cámara responde menos a los intereses de los Estados federados y más a las consideraciones dictadas por los partidos. Esto vale también para el ejercicio de las concretas competencias del Bundesrat, que engloban desde la cooperación en materias propias de la Unión Europea (art. 23.2, 4-6 GG) hasta la elección de la mitad de los miembros del Tribunal Constitucional Federal (art. 94. 2, segunda frase, GG), pasando por la autorización de las medidas administrativas que puedan afectar a los Estados federados (art. 84. 2 y 4 GG).[168]

---

[167] Véase *U. Häde*, Zur Föderalismusreform in Deutschland, en: JZ 2006, 930 y ss., así como *J. Ipsen*, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform, en: NJW 2006, 2801 y ss.; sobre la concreta finalidad del descenso del número de leyes de autorización, véase *H. Bauer*, en: H. Dreier (edit.), GG-Kommentar, vol. II, suplemento 2007, art. 20 (Bundesstaat), marginal 11c, f.

[168] Más en concreto sobre las actividades decisorias, *R. Herzog*, Stellung des Bundesrates im demokratischen Bundesstaat, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 57, marginal 15 y ss., 45 y ss.; para las competencias *idem*, Aufgaben des Bundesrates, *ibidem*, § 58, marginal 5 y ss.

¿Tiene sentido abordar esta situación como una forma de «división de poderes»? La pregunta merece una respuesta negativa, en todo caso, si dicho concepto se utiliza para algo más que para el mero análisis comparativo del problema. Es cierto que la organización federal puede prevenir tanto una potencial concentración del poder, limitadora de la libertad, como una irrazonable ordenación de las funciones estatales. Pero no lo es menos, sin embargo, que las diferentes potestades de colaboración del Bundesrat como un gremio dirigido por los ejecutivos de los Estados federados complica el sistema federal alemán de limitación del poder hasta el punto de hacerlo prácticamente irreconocible,[169] lo que se enmascara bajo el título de «división vertical del poder». En otros términos, ello no aporta nada a la interpretación del art. 20.2 GG, frase segunda, si además se vincula a un principio federal entendido en una forma que la propia Constitución precisamente no ha consagrado.[170]

VI. Ampliaciones de la tríada clásica de la división de poderes: «los cuartos poderes»

En la discusión suscitada en Alemania han sido característicos los intentos de ampliar el tradicional sistema bimembre más allá incluso de la recientemente apuntada «división vertical del poder». Tales intentos suscitan dificultades sobre su posible clasificación como poder legislativo, ejecutivo o judicial, y dudas acerca de si, conforme a su posición fáctica de poder, deben ser incluidos en la lógica limitadora de la teoría de la división de poderes. En primer lugar se encuentra el especial rol que desempeña el denominado poder sobre los asuntos exteriores (1). Aunque éste haya sido claramente atribuido al Estado por parte de la Ley Fundamental, el resto de poderes mencionados en este contexto desbordan aquel límite en dirección a grupos sociales. Esto rige para la tradicional caracterización de los medios de comunicación como el cuarto poder (2), así como para los dispersos representantes de «intereses organizados» o de otros «titulares del poder» (3).

1. *¿El retorno del poder federativo? El «poder sobre los asuntos exteriores»*

En el texto de la Constitución alemana no se habla en ningún momento de un «poder sobre los asuntos exteriores».[171] A pesar de ello, en la Teoría

[169] Críticamente, *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 527 y s.

[170] Como se sostiene aquí, *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 528.

[171] En conclusión, *I. Pernice*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 59, marginal 15, el concepto es, por tanto, «poco claro, innecesario y equívoco».

del Estado federal-republicano se ha reconocido en buena medida que el Estado alemán diseñado por la Ley Fundamental se encuentra sometido a determinantes modificaciones en lo relativo a la sumisión al derecho y a la Constitución, en tanto aparece obligado a establecer normas jurídicas más allá del ámbito de validez de la Constitución o en colaboración con poderes públicos no alemanes.[172] Este particular régimen se refiere a la capacidad de compromiso de la República Federal respecto de aliados extranjeros y de organizaciones internacionales. Esto queda al menos apuntado en las disposiciones constitucionales que se han pronunciado a favor de una reiterada «estatalidad abierta» (además del Preámbulo, también los arts. 1.2, 23-26 y 59 GG).[173] El empleo de la expresión «poder exterior» no obedece, conforme a la posición dominante, a la afirmación de un «poder estatal independiente», sino a un mero intento de reducir a un común denominador conceptual todo un conjunto de funciones que se encuentran diseminadas en la Constitución y atribuidas a diferentes órganos. [174] Cabe aludir aquí —sin pretensión de exhaustividad— al art. 24 GG (cesión de potestades soberanas, inserción en un sistema de seguridad colectiva recíproca, así como el sometimiento a la jurisdicción internacional), al «mantenimiento de las relaciones internacionales (art. 32.1 GG), a la representación en las relaciones internacionales por medio del presidente federal (art. 59.1, primera frase, GG), así como a la competencia prevista en el art. 32.2, 59.1, frase segunda, GG) para la negociación y la celebración de tratados internacionales.[175]

El hecho de que dichas competencias sean encuadradas en un «poder sobre los asuntos exteriores» resulta, sin embargo, algo inocuo, no siendo posible hipostasiarlo hacia la búsqueda dentro de la Ley Fundamental de una

---

[172] Sobre las modificaciones de la vinculación a los derechos fundamentales, *cfr.* de manera resumida *Dreier* (nota 8), art. 1 III, marginal 44 y ss.; además véanse las contribuciones de *K. Hailbronner/R. Wolfrum/L. Wildhaber/T. Öhlinger*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, en: VVDStRL 56 (1997), p. 7 y ss., 38 y ss., 67 y ss., 81 y ss.

[173] Sobre el concepto de «estatalidad abierta» (el concepto se remonta a *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964, p. 42) véanse actualmente las minuciosas contribuciones en: A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (edits.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, vol. II, 2008.

[174] Más en concreto sobre la concepción alemana del «poder sobre los asuntos exteriores», *G. Biehler*, Auswärtige Gewalt, 2005; *I. Pernice*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 32, marginal 17 y ss.; *idem* (nota 171), art. 59, marginal 15 y ss.; *C. Calliess*, Auswärtige Gewalt, en: Isensee/Kirchhof, HStR IV (nota 66), § 83, marginal 1 y ss. La formulación «poder estatal independiente» en *Dreier* (nota 8), art. 1 III, marginal 44, nota 105.

[175] En detalle, *Calliess* (nota 174), § 83, marginal 15 y ss.

categoría jurídica, similar al modelo «federativo» de Locke,[176] que pueda presidir la interpretación de las disposiciones constitucionales.[177] Aunque, de hecho, el Tribunal Constitucional se inclina por tal posición, ya desde su más temprana jurisprudencia ha partido de una presunción de atribución al Gobierno de las funciones del «poder sobre los asuntos exteriores»,[178] considerando, en cambio, las competencias legislativas de colaboración como una intromisión en él, necesitada de justificación.[179] Como sucedió en el caso de la interpretación del principio de división de poderes (*supra* II), aquí se debe también dar preferencia a la interpretación especializada de las concretas disposiciones. La misma muestra que la Ley Fundamental ha articulado, también en el ámbito de las relaciones exteriores, una refinada red de competencias entre los diferentes órganos que, por ejemplo, en el caso de la celebración de un tratado internacional incluye al Gobierno federal (negociación, *cfr.* art. 32.1 y 2 GG), al presidente federal (celebración conforme al art. 59.1, frase segunda, GG) y al Bundestag (autorización, en base al art. 59.2, frase primera, GG). Una complejidad adicional añade la consideración de los intereses de los Estados federados (*cfr.* art. 24.1a, art. 32. 2 y 3 GG).[180] Con razón, el Tribunal Constitucional Federal ha inferido, entretanto, de la igualmente bien detallada diferenciación de funciones prevista respecto de la declaración del estado de excepción o de sitio (*cfr.* art. 80a.1 y 3, art. 115a. 1-5, art. 115. 2 y 3 GG) una «reserva constitucional en favor del Parlamento en materia de defensa», que hace obligatoria la previa participación del Bundestag en toda intervención de las fuerzas armadas.[181] Este límite a una supuesta presunción competencial en favor del ejecutivo ha sido perfilado hace poco nuevamente con una reparadora

[176] Sobre ello, más en concreto, *Locke*, Zwei Abhandlungen (nota 3), II, §§ 146-148 (y también con la pretensión de que el poder ejecutivo y el federativo deban siempre ser ejercidos por el mismo órgano) *ibidem*, § 148; también Montesquieu lo encuentra, en principio, en el ejecutivo. No obstante con una caracterización cuyo perfil se debe a consideraciones de política exterior (nota 3), XI.6, y sobre ello sucintamente *Fenske*, Gewaltenteilung (nota 3), p. 929.

[177] Como aquí, críticamente, *Pernice* (nota 171), art. 59, marginal 16 y s.

[178] BVerfGE 1, 372 (394); 55, 349 (365); 66, 39 (60 f.); 68, 1 (87); críticamente comentadas por *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 35.

[179] BVerfGE 1, 351 (369); *cfr.* también E 1, 372 (394): «competencia excepcional». Más en concreto sobre ello, *S. Weiß*, Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung, 1971, p. 57 y ss. Justificada crítica en *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 528 y s.

[180] Sobre ello en detalle, *Calliess* (nota 174), § 83 marginal 52 y ss.

[181] BVerfGE 90, 286 (381 y ss.)

pincelada por el Tribunal Constitucional Federal en su decisión sobre la participación de soldados alemanes en las aeronaves AWACS de la OTAN en el contexto de la Guerra del Golfo, censurando el envío de tropas sin la autorización parlamentaria.[182] Con su persistencia sobre los controles parlamentarios y judiciales del ejecutivo en un ámbito especialmente sensible como es el de las relaciones exteriores, la sentencia subraya que tampoco el poder sobre los asuntos exteriores puede sustraerse a la lógica funcional del reparto competencial establecido por la Ley Fundamental.[183]

2. *¿Los medios como «cuarto poder»?*

El discurso en torno a los medios como «cuarto poder» está omnipresente en la República Federal.[184] En lo relativo a las funciones vinculadas a la «división de poderes», se atribuyen a ellos la función de controlar y de evitar el abuso del poder a través de la permanente observación crítica de los titulares de las funciones públicas, así como mediante la revelación y la escandalización de los supuestos de infracciones jurídicas o de abuso de derecho. Por otra parte, esta posibilidad de contribuir a una «opinión pública crítica» no sólo se muestra como algo sencillamente irrenunciable para la democracia, sino también como un presupuesto para el ejercicio individual y colectivo de los derechos fundamentales.[185] Más en concreto, se alude a la inversa, a la posible concentración del poder mediático y a la necesidad de un control cuasi «desposeedor del poder» por parte del Estado.[186]

Sin querer poner en tela de juicio el destacable significado que ha atribuido, con razón y de forma reiterada, el Tribunal Constitucional Federal a los medios en el seno de la democracia liberal,[187] esta perspectiva requiere crítica. Ello es así porque la merma podría desconocer que no se trata pre-

[182] BVerfG, sentencia de 7.5.2008 (nota 39), marginal 56 y ss.

[183] Claramente BVerfG, sentencia de 7.5.2008 (nota 39), marginal 73: «La reserva parlamentaria es parte del principio constitutivo de la división de poderes, no su quiebra».

[184] Interrogativamente G. v. Graevenitz (edit.), Vierte Gewalt?, 1999; en sentido afirmativo *W. Bergsdorf*, Die vierte Gewalt, 1980, así como *R. Reginard*, Die vierte Gewalt, 1994; enfáticamente *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 695, que concibe a los medios «como uno de los pilares más importantes del sistema de la división de poderes en la Ley Fundamental». Con razón se distancia *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 188.

[185] Más en concreto, *M. Kloepfer*, Öffentliche Meinung, Massenmedien, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 42, marginal 35 y ss.

[186] Recientemente *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 188.

[187] BVerfGE 7, 198 (208); 35, 202 (221 y s.), en jurisprudencia constante.; *cfr.* sobre ello por todos *Dreier* (nota 95), art. 20 (Demokratie), marginal 83 y s.

cisamente del ejercicio de un poder estatal desorganizado, sino más bien del ejercicio de derechos individuales, una diferencia que no puede pasar desapercibida.[188] Dicho de manera más precisa, el discurso en torno al «cuarto poder» implica una cuasiincorporación de los medios en el ámbito de los órganos y de los titulares de las funciones públicas previstos en la Ley Fundamental, que resalta la obligatoriedad de las garantías individuales previstas en el art. 5 GG.

3. *Sociedad civil, iglesias y otros «poderes»*

La lista de los actores que se han presentado en la literatura como ulteriores elementos de la división de poderes es extensa.[189] La misma engloba —además de los partidos (sobre ello seguidamente *infra* VII.1)— organizaciones y asociaciones de todo tipo,[190] iglesias o, si se quiere, confesiones religiosas,[191] agentes económicos,[192] la economía de mercado[193] y naturalmente las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGS) vinculadas a las valientes esperanzas de consecución del bien común.[194] Desde una perspectiva negativa también se incluyen las multinacionales como capaces de influir para que el Estado tenga en mente su peso hacia un equilibrio de poder, necesario para el bienestar colectivo.[195]

La inclusión de los actores expuestos en la división de poderes se justifica de ordinario por la función de limitación y de control que se desarrolla tanto recíprocamente entre ellos como frente al poder público.[196] Estos roles

[188] Como aquí, *Schulze-Fielitz* (nota 10), art. 20 (Rechtsstaat), marginal 80.

[189] Decididamente a favor de la apertura a la sociedad del concepto de división de poderes se ha pronunciado en 1986 *J. Becker*, Gewaltenteilung im Gruppenstaat. En la misma dirección previamente *W. Weber*, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem (1959), en: Rausch, Problematik (nota 21), p. 185 (200 y ss.). Contra la inclusión de esta «división social de poderes» *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 687 y ss. (citado en p. 688); *cfr.* también las siguientes notas.

[190] Sobre ello abundante en material, *H.-D. Horn*, Verbände, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 41, marginal 32 y ss.

[191] *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 697.

[192] *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 696, con especial énfasis en la autonomía para aplicar tarifas.

[193] *Wank*, Gewaltenteilung (nota 31), p. 628.

[194] Por todos, como referente, *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota. 29), p. 188, «especialmente corresponden a los actores las posibilidades de defensa frente a los abusos y la posibilidad de mediar y de asegurar cualitativamente el ejercicio de las funciones».

[195] Últimamente, *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 186 y s.

[196] De manera similar, *Hoffmann-Riem*, Gewaltengliederung (nota 29), p. 187 y s.

—implícitamente reconocidos por el Estado en la configuración de múltiples entes públicos— pueden ser descritos y analizados, como mínimo, de forma análoga a la división de poderes y contribuyen decisivamente a la comprensión del mandato constitucional del art. 20.2, frase segunda, GG.

Tales consideraciones cobran pleno sentido como esbozo científico-político del paralelogramo *fáctico* del poder que se encuentra tras la sociedad federal alemana; sería estúpido pretender que la Teoría del Estado ignorara sus consecuencias. En todo caso, las mismas deberían desvirtuar el significado del principio de división de poderes como *norma* constitucional, en la medida en que gravan al art. 20.2, frase segunda, GG con factores a los que no se refiere la disposición.[197] La división y la ordenación de las funciones estatales no se superpone al análisis de la división social del poder. De manera semejante a lo que sucede con la prensa, ha de procurarse en último extremo que la inevitable y libre participación social necesaria para el adecuado funcionamiento de una democracia liberal no sea obligatoria o que se reconozca a los intereses privados un acceso no garantizado (y por tanto, no legitimado democráticamente) a medios de poder público, en tanto y cuanto se considere a los citados actores como «poderes» en el sentido del teorema de la división de poderes. El valor heurístico de tal caracterización se muestra de todos modos extraordinariamente limitado.[198]

Esto vale finalmente también en el debate actual para los diferentes intentos de instrumentalizar la máxima de la división de poderes en orden a la explicación de otras categorías jurídicas. Recientemente, por ejemplo, la protección de datos, garantizada por lo menos normativa e institucionalmente de manera particularmente intensa en la República Federal, ha sido caracterizada como «división de poderes informativa».[199] Ello se apoya evidentemente en el principio de vinculación finalista, piedra nuclear del derecho a la protección de datos, conforme al cual la comunicación de datos entre diferentes administraciones se somete a estrictas reglas, a fin de evitar la acumulación de datos en poder del Estado que le facilite a éste la formación de un completo perfil de la personalidad y del comportamiento. Aunque indubitadamente deben garantizarse ámbitos de libertad personal,

---

[197] Convincentemente, *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 502.

[198] Como aquí, *Stettner*, Not (nota 8), p. 66 y s., 76 y s.; *Di Fabio* (nota 23), § 27, marginal 14 y ss.; *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 501 y s.

[199] Véase recientemente *N. Forgó/T. Krügel/S. Rapp*, Zwecksetzung und informationelle Gewaltenteilung, 2006, p. 16 y ss.

el paralelismo se agota, no obstante, en una jurídicamente vaga máxima de división de funciones con la finalidad de garantizar la libertad. También aquí la etiqueta «división de poderes» genera más confusión que claridad.

VII. Los procesos de cambio que trascienden a los poderes relativos a la ordenación de las funciones en la Ley Fundamental

La hasta este momento expuesta y comparativamente bien consolidada ordenación de las funciones estatales —prescindiendo de algunas imprecisiones y de ciertas fricciones en sus contornos— se encuentra, según extendida opinión, a la luz de su desarrollo evolutivo, bajo zozobra, cuando no en desequilibrio. De ello son responsables tres procesos de cambio del Estado alemán que, en realidad, abarcan a los tres poderes. En primer lugar, se encuentra la con frecuencia indeseable impregnación de todos los órganos del Estado por los partidos políticos que, sobre la base de múltiples vínculos personales, cortocircuita la división de poderes, articulando al mismo tiempo una nueva forma de equilibrio del poder (1). A medio plazo, podrían ser más significativas las incidencias de la progresiva europeización del orden jurídico y constitucional alemán, que conduce a una evidente distorsión del poder a favor del ejecutivo. Y ello a pesar de todos los intentos de parlamentarización tanto a nivel europeo como alemán (2). Algo parecido puede afirmarse, ahora como antes, respecto de la paulatina —y por la Unión Europea no menos forzada— economización del poder público en el sentido de su diseño y orientación conforme a los mecanismos de mercado y a los principios de la economía (3).

1. *¿Desdibujamiento de la división del poderes? El Estado de partidos*

En claro distanciamiento de la Constitución de Weimar, que sólo concibió a los partidos políticos desde una perspectiva negativa, erigiendo a los funcionarios en «servidores de la colectividad», no de un partido (art. 130.1 de la Constitución de Weimar de 1919),[200] la Ley Fundamental destaca ya desde el inicio de su sección dedicada a la organización de los poderes del Estado, en concreto en el art. 21 GG, el papel de éstos en la vida constitucional con una connotación positiva.[201] Con ello se reconoce que la demo-

[200] Además *M. Morlok*, Entdeckung und Theorie des Parteienstaates, en: C. Gusy (edit.), Weimars lange Schatten – «Weimar» als Argument nach 1945, p. 238 (239 y ss.).

[201] Sobre el primer enfoque, *M. Morlok*, en: Dreier, GG II (nota 9), art. 21, marginal 19 y ss.

cracia en los grandes Estados modernos ya no es posible sin una instancia mediadora que estimule, agregue y articule «la» voluntad «del» pueblo; los partidos son mediadores de la construcción democrática entre la sociedad y las instituciones constitucionales.

Ciertamente, se constata, también, el malestar por el hecho de que los partidos políticos no se contenten sin más con «colaborar» de la manera señalada en la construcción política de la voluntad popular, sino que se hayan extralimitado hasta ocupar con sus propios miembros/militantes, o hasta considerar como potencial objeto de distribución prácticamente la totalidad de los cargos y funciones públicas disponibles — desde el servicio de correos alemán o los cargos en el ámbito europeo judicial y administrativo, hasta los diversos consejos de control, participación o radiotelevisión existentes para la preparación o el ejercicio de la actividad pública—.[202] La resultante ocupación de los órganos estatales conforme a las cuotas de partido o —precisamente en los Estados federados con mayorías absolutas estables del partido político en el Gobierno— conforme a la «doctrina del color» dominante contraviene no sólo el principio de la elección de los mejores, sino que también desnaturaliza la división de poderes.[203] Y ello porque desde la perspectiva organizativo-institucional, esta ocupación más o menos equitativa de los órganos por parte de los militantes de los diferentes partidos, cuando no bloquea completamente el control recíproco entre los titulares de dichas funciones, como mínimo lo hace depender de las consideraciones de partido. Aún más, en el lugar de la división de poderes dispuesta por la Constitución se da cobertura a una nueva forma de equilibrio del poder *en el seno* de las propias funciones del Estado: en el peor de los casos los grandes polos se encuentran, en el ámbito de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, *grosso modo* enfrentados con similares fuerzas, neutralizándose de manera recíproca, con el resultado de un *impasse* continuado. Esta forma de reparto de poder sustentada sobre el art. 20.2, frase segunda, GG, es parcialmente considerada en la doctrina como una forma de división

[202] Clásicamente, *H.H. v. Arnim*, Ämterpatronage durch politische Parteien, 1980; véase la nueva exposición de *J. a. d. Hövel*, Politisierung der öffentlichen Verwaltung, 2003; cifras para la judicatura en *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 270 y s., 312, 436.

[203] Críticamente como aquí, también *R. Herzog*, en: T. Maunz/G. Dürig (edits.), GG, art. 20 V (1980), marginal 29 («enredo de los poderes»); *W. Horn*, Probleme der Gewaltenteilung – heute, en: DGfP 2001, 119 (122 y s.); *Schachtschneider*, Gewaltenteilung (nota 25), p. 329, 330.

de poderes independiente, e incluso está sancionada por el art. 21 GG.[204] Semejante caracterización es poco práctica; obvia particularmente que esta «división de poderes», detrás de su concepción moderna, se retrotrae a una atribución repartida de funciones y sospechosamente se aproxima de manera paradójica a lo que ya Montesquieu originariamente anticipaba: la división de poderes como la atribución proporcional del poder a concretos grupos sociales, en primer lugar, naturalmente, a la oligarquía.[205]

El descrito cambio de polaridad en el ámbito de la división de poderes puede aún corresponderse en la relación entre Gobierno y representación popular con la lógica funcional propia del sistema de gobierno parlamentario: la función de control del Parlamento sobre el ejecutivo la ha asumido entretanto (necesariamente vinculada a la pertenencia a los partidos) la oposición.[206] En la burocracia ministerial, sobre todo en los niveles secundarios de la administración, este proceso de «coloración» partidista debilita el sometimiento al derecho con adicionales criterios metajurídicos de actuación y genera numerosas fricciones que también pueden desvirtuar el principio de adecuación orgánica.[207] Este sistema de botín es muy precario y reducido en el ámbito de la función judicial, dado que cuestiona su imparcialidad e independencia en igual medida, y grava cualquier control de los otros poderes con el imponderable de si éste va a llevarse a cabo al amparo de la ley y de la Constitución o a la luz de lealtades político-partidistas.

2. *Desplazamientos en la estructura de los poderes como resultado de la europeización de la Ley Fundamental*

La más seria modificación, más bien alteración, de la atribución constitucional de las funciones se debe sobre todo a la transformación europea del orden jurídico federal alemán, al que la Ley Fundamental se ha abierto desde un principio (*cfr.* el Preámbulo, el art. 24 GG, así como, desde 1992,

---

[204] En esa dirección, por ejemplo, *v. Arnauld*, Gewaltenteilung (nota 23), p. 692.

[205] En concreto, sobre la interpretación de este privilegio, *U. Lange*, Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu, en: Der Staat 19 (1980), 213 y ss.; véase también *Stettner*, Not (nota 8), p. 67; significativa recapitulación en *Dreier* (nota 5), § 1, marginal 119.

[206] *Cfr. supra* IV.1.

[207] Se piensa en el conocido fenómeno de la resistencia pasiva del aparato burocrático tras un cambio de poder, lo que, por otra parte, acarrea la supuesta necesidad de hacer obeceder al aparato a través de un rápido nombramiento/promoción de sus «propios» partidarios: datos empíricos para esta hasta hoy meramente presunta conexión los presentan *P. Manow/P. Wettengel*, Die Verwaltung 39 [2006], 553y ss.).

el art. 23 GG, en su nueva redacción, denominado «artículo de la Unión Europea»).[208] La integración de la República Federal en la Comunidad Europea y en la Unión Europea ha traído consigo no sólo una consciente traslación de poder público soberano a los órganos de la Comunidad y de la Unión sino que, conforme a la interpretación unánimemente mantenida, también ha conducido en el interior del Estado a un claro fortalecimiento del poder ejecutivo a nivel federal.[209] Aunque la Ley Fundamental pretende dirigir este proceso de erosión por medio del art. 23, en sus enunciados 2 a 7 así como por medio de las leyes específicamente aprobadas a tal efecto,[210] no obstante, parece dudoso que este progresivo proceso de comunitarización pueda ser debidamente moderado en la práctica en toda su extensión mediante concretos poderes de participación del Bundestag, del Bundesrat o de los órganos de los Estados federados (habida cuenta de que sólo la protección de los intereses de los Estados federados aparece reconocida en el art. 23.4-6 GG bajo la forma de auténticos poderes de colaboración, mientras que el Gobierno simplemente ha de informar y «tomar en consideración» la posición del Bundestag, art. 23.2 y 3 GG).[211] La circunstancia de que ya sólo el ingente volumen de material procedente de «Bruselas» ha de superar de promedio a cualquier otro actor nacional que no sea el propio ejecutivo con su burocracia ministerial, legitima este desplazamiento siempre que el principio de división de poderes se entienda también como

[208] La literatura es, por otra parte, prácticamente inabarcable, sólo las monografías sobre la «europeización« de particulares sectores jurídicos son abundantes (últimamente *U. Schliesky*, Die Europäisierung der Amtshilfe, 2008). Un buen examen sobre la inserción del derecho comunitario lo proporciona *J.A. Frowein*, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, en: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, vol. I, p. 209 y ss.; *I. Pernice*, en: H. Dreier (edit.), GG-Kommentar, vol. II, 2.ª edición, 2006, art. 23, marginal 18 y ss.; *cfr.* también la recapitulación de *Dreier* (nota 5), § 1, marginal 64 y ss.

[209] Como aquí, *Di Fabio* (nota 23), § 27, marginal 65; *Pernice* (nota 209), art. 23, marginal 98; *Hermes* (nota 39), art. 62, marginal 5; detalladamente *F. Grotz*, Europäisierung und nationale Staatsorganisation, 2006, p. 58 y ss.; véanse también diferentes contribuciones en: H. Bauer/A. D'Atena (edits.), Die Wirkung der Supranationalität auf die Gewaltenteilung (SIPE 2), 2007.

[210] Véase la ley sobre colaboración entre el Gobierno y el Parlamento federal en relación con la Unión Europea (EUZBBG) de 12.3.1993 (BGBl. I, p. 311), así como la ley sobre la colaboración entre la Federación y los Estados federados en materia de la Unión Europea (EUZBLG) de 12.3.1993 (BGBl. I p. 313).

[211] Escépticamente en el detenido examen de *P. Dann*, Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, p. 210 y ss.; como él, también *Pernice* (nota 209), art. 23, marginal 98 (con ulteriores precisiones).

un reforzamiento derivado de las necesidades de la moderna distribución funcional del poder estatal.[212]

El núcleo del problema es la traslación de los procesos de decisión del legislativo hacia el ejecutivo que se halla en la lógica de toda adopción de decisiones conjuntamente con socios extranjeros.[213] Aunque esta necesaria «preponderancia» del Gobierno en la mesa de negociación se vea compensada en el supuesto del clásico tratado internacional por medio de la necesidad de autorización parlamentaria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59.2, frase primera, GG,[214] este mecanismo falla en la medida en que el Derecho comunitario se desvincula del Derecho de los tratados de tradicional cuño internacionalista y, en el curso de su emancipación como Derecho supranacional, desarrolla procesos autónomos de decisión. Mientras que el modelo basado en el art. 59.2, frase primera, GG prácticamente sólo es relevante en lo relativo a la modificación del denominado Derecho originario (*cfr.* art. 23.1,2-3 GG; recientemente, con motivo de la autorización del Tratado de Lisboa),[215] amplios ámbitos del Derecho comunitario se basan en decisiones que, entretanto, caen en el altamente refinado juego conjunto del Parlamento, la Comisión y el Consejo Europeo (véase más en concreto el art. 250-252 TCEE en lo que se refiere a las decisiones del Consejo, así como a los procedimientos de codecisión y de colaboración, *cfr.* también art. 21-23 TUE para la política exterior y de seguridad de la Unión, y el art. 34, 39 TUE, en lo que respecta a la especialmente débil posición del Parlamento en materia de colaboración judicial y policial).[216] La amenaza, regularmente manifestada en el proceso político, de que una medida para la que no se encuentra mayoría en la coalición de Gobierno o en el Parlamento sea impuesta a través del atajo «de Europa», ilustra de forma especialmente llamativa el potencial conflicto que aquí acecha.

Si, además, se observan los efectos que se generan sobre las concretas funciones estatales, los más perceptibles se dan en el ámbito de la función legislativa. Desde el punto de vista del contenido, su ámbito de actua-

---

[212] *Cfr. supra* en nota 31.

[213] Por todos, *Di Fabio* (nota 23), § 27, marginal 65; *Möllers*, Dogmatik (nota 13), p. 528.

[214] Además, en concreto, *Pernice* (nota 171), art. 59, marginal 28 y ss.

[215] *Cfr.* BT-Drs. 16/8300; a tal efecto, ejemplificativamente, *A. Weber*, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, en: EuZW 2008, 7 y ss.

[216] En resumen véase aquí *I. Härtel*, Handbuch europäischer Rechtsetzung, 2006, p. 325 y ss.

ción decrece en el plano de las competencias materiales de las Comunidades Europeas y de la Unión a la hora de transformar las Directivas (art. 249 U, 3 TCEE) y las Decisiones marco (art. 34.2 U.I, segunda frase, letra b TUE); bien entendido, quedan aquí afectados tanto la Ley parlamentaria como el poder reglamentario. Frente a ello aparece un acentuado triple reforzamiento del ejecutivo: en primer lugar, éste se integra en el Consejo, principal órgano legislativo de la Comunidad y de la Unión, sometido sólo limitadamente a control parlamentario.[217] En segundo lugar, decide sobre el envío de la representación alemana a la Comisión y al Tribunal de Justicia, órgano jurisdiccional supranacional más relevante llamado a enjuiciar la responsabilidad del ejecutivo;[218] y disfruta, en tercer lugar, en el ámbito de la administración, de un atenuamiento de su vinculación a la Ley parlamentaria por la vía del principio de primacía en la aplicación del Derecho comunitario que, según las premisas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha de ser respetado por las autoridades administrativas.[219] Menos claras son finalmente, en último lugar, las influencias sobre el poder judicial: éste incluye el Derecho comunitario como parámetro de control, sin que a través de ello se modifique sensiblemente su posición frente a las demás funciones del Estado.[220] Sin embargo, a la par, la primacía del Derecho supranacional conduce hacia una parcial inmunidad del legislativo y del ejecutivo frente al control por parte de la jurisdicción alemana. Ello se debe a que mientras que los Parlamentos o las autoridades nacionales trasponen compromisos vinculantes del Derecho Comunitario, se prohíbe a los tribunales, desde el orden contencioso-administrativo hasta la jurisdicción constitucional, el control de sus actos jurídicos a la luz del Derecho alemán, inclusive de la Constitución; en otros términos, los controles jurisdicciona-

[217] Más en concreto, *C. Schütz*, Wer ist der Gesetzgeber der Europäischen Union?, en: Demel y otros, Funktionen (nota 145), p. 19 (26 y s.); *S. Kadelbach*, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, en: VVDStRL 66 (2007), p. 7 (26 y ss.).

[218] Véase especialmente sobre la designación de los jueces alemanes ante el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como el debate en torno a su reforma, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 243 y ss.

[219] Más en detalle, con ulteriores referencias, sobre esta limitación inducida por el derecho comunitario a partir del dogma de la incompetencia de la administración para la expulsión de las normas (*supra* nota 71) *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 544.

[220] De manera similar, el resultado de *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 545. Véase, por supuesto, la advertencia apuntada por *D. Hummel*, Die Missachtung des parlamentarischen Gesetzgebers durch die Fachgerichte unter dem Deckmantel des Anwendungsvorrangs europäischen Rechts, en: NVwZ 2008, p. 36 y ss.

les se desvían hacia la jurisdicción comunitaria.[221] Los intentos del Tribunal Constitucional Federal de rehuir esta corriente mediante reservas como las manifestadas en la sentencia sobre la orden de detención europea,[222] pueden ser eficaces en cuanto a la publicidad, pero no van a cambiar la tendencia.

Este estado de desplazamientos en el orden de las funciones constitucionales plantea dos problemas. En primer lugar, se encuentra que sigue conservando validez el teorema de la división de poderes para la adecuada descripción y análisis del Derecho Constitucional contenido en la Ley Fundamental. Quizás sea aún más apremiante la cuestión de si las funciones de los órganos de las Comunidades Europeas y de la Unión pueden explicarse razonablemente con las categorías de la separación de poderes, división de poderes o similares; y también en qué medida pueden ser dominadas desde la perspectiva de su tradicional fijación de objetivos. Esto es el objeto de un continuo debate,[223] en el que recientemente, en particular Möllers, ha apostado por la idoneidad del concepto de desglose de poderes por él esbozado también frente a los poderes públicos supraestatales e internacionales.[224]

3. *¿Reformulación del programa directivo de las funciones estatales como consecuencia de la economización?*

La tantas veces citada «economización» del poder estatal se ha convertido en la clave de toda una serie de procesos de cambio, cuyo denominador común es la supeditación de la actividad estatal a los dogmas de la economía, esto es, a los modelos económicos de pensamiento.[225] Se engloban en ellos los supuestos de privatización de los titulares y de las propias funciones jurídico-públicas (véanse en la Ley Fundamental las alusiones

---

[221] Resumidamente, además, *S. Oeter*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, en: VVDStRL 66 (2007), p. 361 (370 y ss., 375 y ss.).

[222] *Cfr.* BVerfGE 113, 273 – *Europäisches Haftbefehlsgesetz* y, además, el comentario crítico de *S. Wolf*, Demokratische Legitimation in der EU aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nach dem Urteil zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, en: KritJ 38 (2005), p. 350 y ss.

[223] *Cfr.* aquí *H.-D. Horn*, Über den Grundsatz der Gewaltenteilung in Deutschland und Europa, en: JÖR 49 (2001), 287 (297 y s.), así como *Di Fabio* (nota 23), § 27, marginal 80 y ss. («división de poderes como principio jurídico trascendental»).

[224] En detalle, *Möllers*, Gewaltengliederung (nota 40), p. 253 y ss.

[225] Más en concreto, *M. Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, en: JZ 2001, 209 y ss.; *A. Voßkuhle*, «Ökonomisierung» des Verwaltungsverfahrens, en: Die Verwaltung 34 (2001), 347 y ss.; véase asimismo la razonable exposición de *B. Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, en: Isensee/Kirchhof, HStR IV (nota 66), § 78, marginal 19 y ss., 30 y ss.

correspondientes a los servicios de correos, ferrocarril y seguridad aérea del art. 87d.1, frase segunda, art. 87e. 3, art. 87f.2 GG),[226] la asunción de las máximas de los nuevos modelos de dirección probadas y habituales en el sector privado,[227] así como, en general, las llamadas a la «rentabilidad», a la «mejor distribución de los recursos» o incluso a la «eficiencia» de la actuación estatal. Las particulares consecuencias de estas grandes tendencias son, en primer lugar, la constante traslación de las hasta hoy clásicas funciones jurídico-públicas a manos de particulares, que ha ido acompañada del surgimiento de una nueva rama del Derecho administrativo alemán: el denominado Derecho administrativo regulatorio, expresión de la obligación del Estado, concebida como «responsabilidad garantista», por la que se responsabiliza del cumplimiento de la disposición contractualmente asumida de proteger el interés general, anteriormente tarea propia del poder público (*cfr.* como concretas obligaciones garantistas el art. 87e.4 y art. 87f.1 GG respecto del servicio ferroviario, postal o de telecomunicaciones).[228] En el marco del «nuevo modelo de dirección», en segundo lugar, han encontrado acogida en la Administración numerosos institutos propios de la economía de mercado, entre ellos el más importante y ampliamente difundido en la actualidad es el conocido como presupuestación que, en lugar de los detallados requisitos para disponer de los medios de los presupuestos generales autorizados por el Parlamento, permite su administración por las concretas autoridades o tribunales bajo su propia responsabilidad.[229]

---

[226] Sobre ello y los diferentes modelos de privatización véase, en concreto, *H. Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, en: VVDStRL 54 (1995), p. 243 y ss.; *C. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, p. 107 y ss., así como *J.A. Kämmerer*, Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001, p. 22 y ss.

[227] Aportan una primera aproximación *J.-P. Schneider*, Das neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, en: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (edits.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, p. 103 y ss.; *W. Jann*, Neues Steuerungsmodell, en: S. v. Bandemer y otros (edits.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 1998, p. 70 y ss.; *V. Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, p. 60 y ss., 85 y ss.

[228] Sobre ello, en resumen, *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, 2006; véase también *M. Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, en: VVDStRL 67 (2008), p. 286 (293 y ss.).

[229] Más en concreto, *L. Osterloh*, Budgetierung und parlamentarisches Kontrollrecht aus juristischer Sicht, en: Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), 79 y ss.; *C. Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, 2001, p. 107 y ss.; como ejemplo de la administración judicial véase más detenidamente *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 474 y ss.

¿Cómo inciden estos desarrollos sobre los concretos poderes o, si se quiere, sobre la ordenación de las funciones de la Ley Fundamental? En primer lugar, claramente aparece debilitado el que el poder legislativo controle la actividad de otras ramas a través de la Ley y el Presupuesto. Ello resulta evidente sólo con tomar en consideración, por ejemplo, la flexibilización del desde ahora «globalmente» asignado Presupuesto; es claro que la finalidad abiertamente pretendida de estas reformas es reconocer a los concretos titulares de las funciones un ámbito de decisión para fijar los «objetivos fundamentales» en el marco de su actividad como poderes públicos.[230] Menos clara es la implícita pérdida de capacidad directiva que ha experimentado la Ley parlamentaria como resultado de la economización del poder del Estado. Sin embargo, hay que prestar atención a si máximas tales como la «viabilidad económica» o la «eficiencia» se transforman bajo cuerda en principios jurídicos relevantes que desarrollan una eficacia directriz propia, pudiendo ubicarse en el lugar de otros valores jurídicos de rango constitucional o incluso en el de la vinculación a la ley. Y ello porque la implantación jurídica de las particulares agendas políticas orientadas o informadas económicamente, conlleva siempre el peligro de arrastrar sus contextos y subcontextos erigiéndolos en directivas de actuación.[231]

El Gobierno sale reforzado, por el contrario, del proceso de economización. En efecto, la pérdida de funciones (y con ello de poder) derivada de la privatización de las funciones públicas resulta más que compensada con el incremento de nuevas formas de actuación, que deben asegurar la permanente influencia de poder público en tales ámbitos. La actividad de la Agencia alemana de Redes ilustra de manera especialmente gráfica cómo en el ámbito de la administración regulatoria o en el de la responsabilidad garantista surgen nuevas formas de ejercicio del poder público que disfrutan necesariamente de un relevante y más amplio ámbito de decisión, sin que sus decisiones puedan ser programadas en detalle por el legislador ni ser controladas hasta el momento en la forma tradicional por el poder judicial.[232]

---

[230] Véase *Wallerath*, Staat (nota 226), p. 211 y ss.; *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 543 y s.; críticamente *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2.ª edición, 2004, p. 24 y ss.

[231] Como aquí, en detalle y con ulteriores aclaraciones, N. *Schütz*, Richter (nota 19), p. 415 y ss.

[232] Significativamente, *Dreier*, Staatsgewalten (nota 65), p. 543; *cfr.* también *A. Löhr*, Verschiebungen im Gewaltengefüge durch Privatisierung und Deregulierung, en: Demel y otros, Funktionen (nota 145), p. 135 (144 y ss.). Véase respecto de las modificaciones de

Finalmente, el poder judicial, además de la comentada pérdida de la intensidad del control, se enfrenta ante nuevas posibilidades de injerencia por parte del ejecutivo. La preocupación que se suscita en el marco de los «nuevos modelos de dirección» de caer en una acentuada dependencia respecto del poder ejecutivo, quien, mediante los instrumentos del control de gestión, quizás pueda llegar a controlar mucho más sutilmente la actividad judicial que por medio de la tradicional supervisión administrativa, es un motivo fundamental para la actual exigencia de autogobierno del tercer poder (véase seguidamente *infra* VIII.1.).

VIII. ¿Quiebras en la estructura de la ordenación de los poderes bajo la Ley Fundamental?

Finalmente debe llevarse a cabo un escueto análisis sobre los en cierto modo sismográficos intereses que abanderan las quiebras o las tensiones en la estructura de la ordenación de las funciones de la Ley Fundamental. Un amplio espacio ocupa aquí, en primer lugar, el actual debate sobre el autogobierno del tercer poder, que apunta hacia una liberación del poder judicial de las posibilidades de injerencia por parte del primer y del segundo poder (1). Por último, en el contexto del primer poder, la diferenciación interna entre pueblo legislador y Parlamento plantea ciertos problemas (2).

1. *¿Autogobierno del tercer poder?*

La imagen de los jueces alemanes se dirige ansiosamente más allá de sus fronteras, en último término hacia España. Allí el Consejo General del Poder Judicial se articula como uno de los modelos[233] al que mirar para poder liberar de manera definitiva a la administración judicial alemana del ejecutivo y permitirle su autogobierno.[234] El contexto de esta discusión podría ser el que en estos momentos más frecuentemente se ocupa en la República Federal

---

la vinculación a la ley como consecuencia de los nuevos enfoques de la ciencia administrativa *I. Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, en: VVDStRL 67 (2008), p. 226 (260 y ss.).

[233] Véase las frecuentemente citadas exposiciones en lengua alemana: *C. Strecker*, Selbstverwaltung der Justiz in Spanien, en: Betrifft Justiz 56 (1998), 346 y ss.; *J.L. Manzanares Samaniego*, Der allgemeine Rat der Gerichtsgewalt, en: DRiZ 1999, 317 y ss. Más en concreto y con ulteriores aclaraciones *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 566 y ss.

[234] Más frecuente es ciertamente la alusión a la situación jurídica italiana, véase ejemplificativamente *T. Groß*, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit?, en: Schulze-Fielitz/Schütz, Justizverwaltung (nota 153), p. 217 (224 y ss.).

de la «división de poderes», con la finalidad de transformar sus preferencias político-jurídicas en mandatos constitucionales.[235]

El punto de partida es la ya señalada circunstancia de que el poder judicial alemán no sólo aparece condicionado por el poder legislativo a través de las leyes parlamentarias y mediante el presupuesto, sino que también se encuentra expuesto a la nada desdeñable influencia del poder ejecutivo articulada a través de la administración judicial normalmente atribuida al ministro de Justicia, que decide sobre el ingreso y ascenso de los jueces y dirige la inspección sobre los mismos. Además, a ello se añade la ejecución del presupuesto que, justamente en tiempos de los denominados «nuevos modelos de dirección», se supervisa con bastante celo.[236] A pesar de que parte de estas posibilidades de injerencia resultan indispensables para, de la mano de la sumisión del poder judicial a la ley, según lo dispuesto en el art. 20.3 y 97.1 GG, garantizar su legitimación democrática,[237] mayoritariamente tales injerencias horrorizan crecientemente a la magistratura alemana, que las considera como «quiebras» ya no justificables de la división de poderes, a las que ha puesto fin el modelo de numerosos Estados europeos a través del autogobierno del tercer poder.[238]

Según el más reciente proyecto de reforma de la justicia federal alemana, la actual administración judicial debe ser sustuida por un «modelo de dos pilares».[239] Los órganos centrales serán la Comisión de Elección Judicial y el Consejo de Administración Judicial. El primero de ellos, bajo la Presidencia del presidente del Parlamento, se compone, por mitades, de jueces o de fiscales y de diputados, siendo competente para cuestiones de personal. Además elige al Consejo de Administración Judicial. Éste asume, como

---

[235] *Cfr.* sobre las más recientes publicaciones, *H. Weber-Grellet*, Selbstverwaltung der Justiz – Zwei Säulen-Modell des Deutschen Richterbundes, en: ZRP 2007, 153 y ss.; *R. Wassermann*, Die Leiche des Justizministers, en: Recht und Politik 2007, 172 y ss.; *E. Isermann*, Selbstverwaltung der Justiz – aber ohne neue Institutionen, en: Recht und Politik 2008, 30 (30). Zusammenfassung der älteren Debatten bis 2006 en *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 27 y s., 655 y ss.

[236] *Cfr. supra*. VII.3.

[237] Más en detenimiento, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 140 y ss. Esbozo contrario en *A. Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006.

[238] Sobre las antiguas propuestas de reforma que se remontan desde la época imperial hasta el periodo nacionalsocialista, véase *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 642 y ss., 655 y ss.

[239] Véase una detallada descripción en *Weber-Grellet*, Selbstverwaltung (nota 236), p. 154.

autoridad de administración judicial, todas las funciones ejecutivas propias de los Ministerios de Justicia; especialmente dispone del presupuesto para justicia, pudiendo por sí mismo, en caso excepcional, solicitar del Parlamento una nueva consignación. Se conservan las preexistentes posibilidades de participación de los jueces en los Consejos de Dirección y Judicial.[240] El Ministerio de Justicia, en consecuencia, queda relegado a ser un «Ministerio legislador», competente, además, para la ejecución de las penas, la inspección notarial y para cuestiones relativas al derecho de gracia.[241]

Si este nuevo modelo de administración judicial va a ser capaz de implantarse políticamente es aún hoy una cuestión completamente abierta. Sometido a un examen de constitucionalidad, plantea dudas sobre todo la suficiente legitimación democrática de un tercer poder administrado de esta manera.[242] La mayoritaria provisión con parlamentarios elegidos por el pueblo puede, ciertamente, asegurar la legitimación *personal* de los cargos elegidos por el Comité de Elección Judicial,[243] pero su legitimación material parece más precaria en tanto sigue faltando una supervisión responsable ante el Parlamento.[244] Más problemáticas son las premisas de la división de poderes sobre las que se sustenta el modelo en cuestión. Y ello porque éste parte aparentemente de que a la Ley Fundamental le subyace, al menos en lo que se refiere a la jurisdicción, un modelo estricto de división que se trata de restaurar.[245] El sistema constitucional de ordenación de las funciones descrito hasta el momento, con sus numerosos y, en parte, bien delimitados ámbitos de colaboración y de control entre los poderes debería ser reconstruido, sin cobertura en el texto constitucional, de forma análogamente primitiva (y además asimétrica, sólo referida a un poder) como un atávico y atrevido modelo de separación.

---

[240] Más en detalle sobre estos organismos y su elenco de funciones, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 361 y ss.

[241] Nuevamente, *Weber-Grellet*, Selbstverwaltung (nota 236), p. 154.

[242] Sobre el concepto alemán de legitimación democrática *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, en: Isensee/Kirchhof, HStR II (nota 13), § 24, marginal 11 y ss.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (nota 231), p. 89 y ss.; *A. Hanebeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip, en: DÖV 2004, 901 (904 y ss.); *Dreier* (nota 95), art. 20 (Demokratie), marginal 113 y ss.; *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 114 y ss.

[243] Entretanto, acertadamente *Weber-Grellet*, Selbstverwaltung (nota 236), p. 155.

[244] Más en concreto sobre estas reflexiones, que tampoco son clarificadas en el nuevo modelo, *Wittreck*, Verwaltung (nota 19), p. 662 y s., 666 y s.

[245] Claramente *Weber-Grellet*, Selbstverwaltung (nota 236), p. 155: «El segundo poder es un poder dependiente, el tercero es independiente».

2. *¿División de poderes en el seno del legislativo? Legislador parlamentario y legislador popular*

Finalmente, en lo que se refiere al problema de la división interior de los poderes, ha surgido entre los más recientes desarrollos en Alemania el de la relación entre el legislador popular y el legislador parlamentario, que (como se ha afirmado) es relevante *de constitutione lata* sólo en el nivel de los Estados federados. Los problemas concretos han resultado ser la vinculación de la representación popular a las leyes ratificadas por el pueblo, así como (lo que resulta todavía más relevante) la cuestión sobre la opción constitucional por una democracia representativa o directa.

La cuestión de si los Parlamentos o las asambleas legislativas de los Estados federados pueden «casar» una ley aprobada por el Pueblo, es decir, si es posible poder derogarla después de tal aprobación, ha explotado primero en Schleswig-Holstein[246] y recientemente ha removido las entrañas de Hamburgo.[247] De acuerdo con la concepción plenamente dominante, el Tribunal Constitucional del primer Estado federado ha negado una eficacia vinculante a la decisión popular, admitiendo que la ley aprobada en referéndum se halla en todo caso a disposición de la representación popular.[248]

Esta postura, por lo menos en parte, ha de ser clasificada de la mano del conflicto fundamental sobre la relación de rango existente entre el legislador popular y el legislador parlamentario. En efecto, mientras que del tenor de la Ley Fundamental (y con ello también de todas las Constituciones de los Estados federados) se deriva una equiparación de rango entre democracia directa e indirecta (el art. 20.2, frase segunda, GG señala lapidariamente «elecciones y referendos» de manera yuxtapuesta),[249] amplios sectores de

[246] Allí, en 1999, el Parlamento ha «revocado» mediante la nueva modificación de la Ley escolar la decisión popular sobre el mantenimiento de la antigua ortografía; los procesos descritos en *B. Kliegis/U.G. Kliegis*, Der Volksentscheid über die Rechtschreibreform in Schleswig-Holstein 1998, en: H.K. Heußner/O. Jung (edits.), Mehr direkte Demokratie wagen, 1.ª edición, 1999, p. 287 (293 y ss.).

[247] Aquí, la Asamblea Legislativa estatal ha suprimido en la práctica una modificación de la Ley electoral aprobada por el pueblo; detenidamente sobre el contexto y su crítica *E.G. Mahrenholz*, Legislative Konkurrenzen, en: Festschrift H.-P. Schneider, 2008, p. 210 y ss.

[248] HambVerfG NordÖR 2007, 301. *Mahrenholz*, Konkurrenzen (nota 248), p. 221 y s. Se sugiere *de constitutione ferenda* una medida basada en el ordenamiento suizo, según el cual la reforma parlamentaria se condiciona a un referéndum.

[249] Como aquí, particularmente, *Dreier* (nota 95), art. 20 (Demokratie), marginal 103; en lo que se refiere a la equiparación de los mecanismos de democracia directa e indirecta

la Teoría alemana del Estado, y con ellos los Tribunales Constitucionales de la Federación y de los Estados, se inclinan por la posibilidad de deducir una decisión constitucional a favor de la primacía de la democracia representativa. La Constitución alemana, según la tantas veces citada expresión de Klaus Stern, sería «pronunciadamente antiplebiscitaria».[250] Aunque la Ley Fundamental no excluye categóricamente elementos de democracia directa tanto al nivel de la Federación como de los Estados federados, los limita mediante la reserva de que la primacía del legislador parlamentario, y especialmente su función presupuestaria, no puedan ser afectadas por decisiones populares irrevocables.[251] La consecuencia de esta posición es una larga serie de decisiones judiciales que han declarado preliminarmente inadmisibles diferentes iniciativas populares y referendos, bien porque la atenuación de las restricciones dispuestas a los instrumentos de democracia directa no respetan la primacía del legislador parlamentario, o bien porque a través de los referendos relativos a «cuestiones presupuestarias» se habría lesionado la función presupuestaria del Parlamento.[252]

Esta jurisprudencia se presenta también como criticable precisamente al amparo del principio de división de poderes: ignora la decisión constitucional en favor del reparto de la función «legislativa» entre dos órganos, retrocediendo con ello dogmáticamente a un modelo anterior a la distinción entre *funciones* estatales y *órganos* del Estado, algo que precisamente hoy día debería o tendría que estar claro en la doctrina de la división de poderes.[253] En la medida en que dicha jurisprudencia atribuye, en particular, la

---

se manifiesta además *H. Maurer*, Plebiszitäre Elemente in der repräsentativen Demokratie, 1997, p. 15 y ss., así como *C. Degenhart*, Direkte Demokratie auf Bundesebene nach dem Grundgesetz, en: Gedächtnisschrift J. Burmeister, 2005, p. 87 (89 y s.); significativamente además *M. Rossi/S.-C. Lenski*, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, en: DVBl. 2008, 416 y ss.

[250] *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol I, 1977, p. 455.

[251] Sólo dos posiciones representativas: *P. Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, en: Isensee/Kirchhof, HStR III (nota 22), § 35, marginal 1 y ss.; *J. Isensee*, Verfahrensfragen der Volksgesetzgebung – Überlegungen zum Landesverfassungsrecht, en: Festschrift P. Krause, 2006, p. 303 (303 y ss.).

[252] Más detenidamente sobre estas decisiones y su crítica, *F. Wittreck*, Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit, en: JÖR 52 (2005), 111 y ss.; *idem*, Direkte Demokratie vor Gericht, en: H. K. Heußner/O. Jung (edit.), Mehr direkte Demokratie wagen, 2.ª edición, 2008, en su conclusión.

[253] Significativamente *Di Fabio* (Fn. 21), § 27, marginal 60: «Ni el ejecutivo, ni el Parlamento, pero tampoco el poder judicial independiente pueden ver invadido el entorno del ámbito nuclear de sus funciones» —¿Por qué el discurso no gira en torno al *legislativo*?

función presupuestaria no al poder legislativo, sino a uno de los órganos a los que se le confiere tal facultad: el Parlamento —como si fuera una materia reservada al mismo— implanta una ulterior limitación en el ámbito interno del poder legislativo[254] que puede que tenga sentido frente al ejecutivo, pero que sólo es posible al precio de contradicciones conceptuales.

IX. Epílogo: Perspectivas de la división de poderes bajo la Ley Fundamental

Al final de este *tour d'horizon* ha de echarse la vista hacia el futuro: ¿convierten los cambios expuestos y los síntomas de crisis de la división de poderes a ésta en obsoleta, según la configuración que le ha dado la Ley Fundamental? Ése quizás sería el caso si la Constitución federal alemana partiese de un modelo de separación como el que subyace implícitamente al proyecto de reforma sobre autogobierno del tercer poder. Un sistema tan rígido debería resquebrajarse en la práctica bajo la presión de la europeización y de la economización. Si, en cambio, el art. 20.2, frase segunda, GG, así como las numerosas reglas que concretan dicha disposición se entienden, de forma adecuada, como una ordenación y como un reparto de las funciones, léase «división de poderes» como «desglose de poderes», entonces el modelo de la Ley Fundamental es lo suficientemente flexible como para acomodarse a dichos desafíos y reencontrar exactamente el equilibrio que sirva para la garantía de la libertad individual y para el adecuado ejercicio de las funciones del Estado.

Seleccion bibliográfica

Achterberg, Norbert: *Probleme der Funktionenzuordnung*, München 1970.

Von Arnauld, Andreas: «Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung. Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland», en: *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 32 (2001), pp. 678-698.

Becker, Jürgen: *Gewaltenteilung im Gruppenstaat. Ein Beitrag zum Verfassungsrecht des Parteien- und Verbändestaates*, Baden-Baden 1986.

Demel, Michael y otros (edits.): *Funktionen und Kontrolle der Gewalten (40. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht» Gießen 2000)*, Stuttgart y otros, 2001.

[254] Véase al respecto *Wittreck*, Direkte Demokratie (nota 253), p. 124 y ss.

Di Fabio, Udo: «Gewaltenteilung», en: Josef Isensee/Paul Kirchhof (edits.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª edición, vol. II, Heidelberg 2004, § 27 (pp. 613-658).

Dreier, Horst: «Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung», en: *DÖV* 2002, p. 537-547.

Dreier, Horst: *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen 1991.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: «Gewaltengliederung und Verantwortungsteilung als Ordnungsprinzip», en: Friedhelm Hufen (edit.), *Verfassungen. Zwischen Recht und Politik. Festschrift für Hans-Peter Schneider*, Baden-Baden 2008, pp. 183-196.

Horn, Hans-Detlef: «Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates», en: *Archiv des öffentlichen Rechts 127* (2002), p. 425-459.

Isensee, Josef (edits.): *Gewaltenteilung heute. Symposium aus Anlaß der Vollendung des 65*. Lebensjahres von Fritz Ossenbühl, Heidelberg 2000.

Klein, Eckart (edits.): *Gewaltenteilung und Menschenrechte*, Berlin 2006.

Merten, Detlef (edits.): *Gewaltenteilung im Rechtsstaat. Zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu*, Berlin 1989.

Möllers, Christoph: «Dogmatik der grundgesetzlichen Gewaltengliederung», en: *Archiv des öffentlichen Rechts* 132 (2007), p. 493-538.

Möllers, Christoph: *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen 2005.

Poscher, Ralf: «Funktionenordnung des Grundgesetzes», en: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (edits.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, München 2006, pp. 493-592.

Rausch, Heinz (edits.): *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt 1969.

Sinemus, Burkhard: *Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Frankfurt/M. 1982.

Wittreck, Fabian: *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen 2006.

Zimmer, Gerhard: *Funktion – Kompetenz – Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche – Zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre*, Berlin 1979.