

A collage of historical documents and a large black brushstroke. The documents include a page with cursive handwriting, a page with a grid and the letters 'A B C D E F G H - 1 2 3', and a page with a large number '3'. A large black brushstroke is drawn over the collage. A yellow vertical bar is on the right side of the collage.

DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER

GERMAN RESEARCH INSTITUTE FOR PUBLIC ADMINISTRATION SPEYER

María Jesús Montoro Chiner /
Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)

GUTE RECHTSETZUNG
LA BUENA LEGISLACIÓN





María Jesús Montoro Chiner / Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)

**Gute Rechtsetzung
La Buena Legislación**

Speyerer Forschungsberichte 281

**María Jesús Montoro Chiner /
Karl-Peter Sommermann (Hrsg.)**

**GUTE RECHTSETZUNG
LA BUENA LEGISLACIÓN**

Beiträge des elften gemeinsamen Seminars des
Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer
und der Escola d'Administració Pública de Catalunya
(23. bis 25. Mai 2013)

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

2015

Gefördert durch die Bundesrepublik Deutschland

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

(Speyerer Forschungsberichte ; 281)

ISBN 978-3-941738-19-5

Herstellung:

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

Alle Rechte vorbehalten

Umschlagentwurf:

© 8/97 TRIFTY ART Grafik Design • 67550 Worms • Hauptstr. 32 • Tel.: 0 62 41/95 15 38

Vorwort

Die Anforderungen an gute Gesetzgebung steigen mit der wachsenden Komplexität der modernen Gesellschaften, der Beschleunigung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Vorgänge, insbesondere in Zeiten der Krise, sowie der raschen Ausdifferenzierung der politischen Mehrebenensysteme. Die wesentlichen Rationalitätsanforderungen guter Gesetzgebung sind dabei die Verfahrensrationalität und die Sachrationalität. Die Verfahrensrationalität bezieht sich nicht nur auf die Art des Zustandekommens gesetzgeberischer Entscheidungen, sondern auch auf die immer wieder neue Überprüfung der Tragfähigkeit, Widerspruchsfreiheit und Problemlösungskapazität der Gesetze. Da die Sachrationalität der Gesetze bei komplexen Gegenständen selten eindeutig zu bestimmen ist und dort, wo es um politische Bewertungen geht, dem demokratischen Prozess Raum gegeben werden muss, tritt die Frage nach der Rationalität des Verfahrens deutlich in den Vordergrund. Es soll jedenfalls sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber seiner Entscheidung zutreffende Sachverhalte zugrunde legt und zudem das vorhandene Wissen sowie alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt. Diese Forderung kann freilich mit der politischen Rationalität in Widerstreit geraten, die häufig Kompromisse erfordert.

Zu einer Erörterung des vielschichtigen Themenkreises der guten Gesetzgebung, der gerade in Zeiten grundlegender Reformen von Staat und Verwaltung von besonderer Aktualität ist, trafen sich im Mai 2013 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus Spanien und Deutschland in Speyer. Bei dem deutsch-spanischen Dialog handelte es sich um das 11. Gemeinsame Seminar des Deutschen Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung Speyer mit der Escola d'Administració Pública de Catalunya. In dem vorliegenden Speyerer Forschungsbericht sind die auf dem Seminar gehaltenen Referate vereinigt.

Für wertvolle Unterstützung bei der Redaktion und für die Übersetzung dieses Vorwortes ins Spanische danken die Herausgeber Herrn *Daniel Toda Castán*, M.A., für die zuverlässige Formatierung Frau *Irene Eggenberger*.

Barcelona / Speyer, im Februar 2015

María Jesús Montoro

Karl-Peter Sommermann

Prólogo

Las exigencias a una buena legislación aumentan con la complejidad creciente de las sociedades modernas, con la aceleración de los procesos económicos, sociales y culturales, particularmente en tiempos de crisis, y con la dinámica diferenciación de los sistemas políticos multinivel. Las racionalidades básicas que se esperan de la buena legislación son la procedimental y la material. La racionalidad procedimental no se refiere únicamente a la manera en que se llega a las decisiones legislativas, sino también a la continua comprobación de su consistencia, de su coherencia y de su capacidad para resolver los problemas que abordan. La racionalidad material de las leyes, sobre todo en asuntos complejos, es de difícil definición. Además, cuando entran en juego valoraciones políticas, es imperativo dejar el espacio necesario al proceso democrático. Por estas razones, es la racionalidad procedimental quien juega el papel principal. Como mínimo, se debe asegurar que el legislador tome sus decisiones a partir de una base fáctica ajustada a la realidad y que tenga en cuenta debidamente el conocimiento disponible en la materia y los bienes, derechos y intereses involucrados. Estas exigencias pueden, no obstante, chocar con la racionalidad política, que frecuentemente impone compromisos.

Para discutir los múltiples estratos del tema de la buena legislación en general, que en tiempos de reformas básicas del Estado y la Administración reviste una especial relevancia, investigadoras e investigadores de España y Alemania se reunieron en Espira en Mayo de 2013. Este diálogo germano-español constituyó el undécimo Seminario Conjunto del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública de Espira y la Escola d'Administració Pública de Catalunya. En el presente título de la serie "Speyerer Forschungsberichte" se contienen las ponencias presentadas en el Seminario.

Los editores desean expresar su agradecimiento a D. *Daniel Toda Castán*, M.A., por su colaboración en la redacción y por la traducción de este prólogo al español, y a D.^a *Irene Eggenberger* por el correcto formateado del texto.

Barcelona / Espira, Febrero de 2015

María Jesús Montoro

Karl-Peter Sommermann

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dra. *María Jesús Montoro Chiner*

El Objetivo (Distante) de la buena Legislación. Reflexión en torno a varios Sectores y un <i>case study</i>	1
(Das ferne Ziel guter Rechtsetzung. Gedanken zu einigen Regelungsbereichen und eine Fallstudie)	

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Stand und Perspektiven der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland	31
(Estado y perspectivas de la evaluación de impacto de la legislación)	

Prof. Dr. *Marc Carillo*

La legislación sobre la crisis y el impacto de su calidad en los derechos fundamentales	43
(Krisengesetzgebung und die Auswirkung ihrer Qualität auf die Grundrechte)	

Prof. Dra. *Belén Noguera de la Muela*

La buena legislación en los contratos del Sector Público: Una necesidad inaplazable	57
(Gute Rechtsetzung im Bereich der Verwaltungsverträge: eine unaufschiebbare Notwendigkeit)	

Prof. Dr. *Gisela Färber*

Die Rolle des Nationalen Normenkontrollrates bei der Verbesserung der Rechtsetzung	87
(El papel del Consejo Nacional alemán de Control de Normas en el mejoramiento de la legislación)	

em. Prof. Dr. Dr. *Detlef Merten*

Schuldet der Gesetzgeber nur ein wirksames Gesetz oder auch ein gutes Gesetzgebungsverfahren?	105
(El deber del legislador: ¿Solamente leyes efectivas, o también un buen procedimiento legislativo?)	

Prof. Dr. *Josep Ramón Fuentes i Gasó*

Buenas prácticas y códigos de conducta. ¿Sustitutivos de la legislación?	137
(Gute Praxis und Verhaltenskodizes. Ein Ersatz für Gesetzgebung?)	

Prof. Dr. *Hermann Hill*

Pluralität und Wechselwirkung von Regelsystemen	169
(Pluralidad e interacción de sistemas de reglamentación)	

Die Autoren und Herausgeber / Los Autores y Editores	177
--	-----

Programm / Programa	181
---------------------------	-----

El Objetivo (Distante) de la buena Legislación. Reflexión en torno a varios Sectores y un *case study*

Prof. Dra. *María Jesús Montoro Chiner*

I. Introducción

Sería justo comenzar mi aportación al Seminario “*La buena legislación*” mencionando que en la Universidad de Speyer entendí la trascendencia del análisis de la buena o mala factura de las normas para el avance de la ciencia jurídica y para la mejora de la sociedad¹.

Mi aproximación a la racionalidad de la legislación, a su factibilidad y a sus repercusiones, tuvo lugar durante una estancia en el *Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung*, y debo confesar que, a partir de ese momento, comencé a leer las normas viendo más allá de las palabras; intuyendo las repercusiones no queridas, los objetivos no conseguidos, los destinatarios ignorados, las cargas innecesarias y, a veces, hasta los despilfarros económicos surgidos por cuestiones meramente organizativas no tenidas en cuenta.

A falta de una estructura orgánica especializada con capacidad de incidir de manera efectiva en el contenido y en la formación de las normas, (como es sabido, el procedimiento de elaboración es más cuestión de legalidad que de garantía de contenido de la regla y los documentos que se han de reunir a lo largo de su preparación son muestra más de completud que de garantía del acierto), la meta ideal de la buena legislación acaba por convertirse en un juego de técnicas que no evitan los males de la legislación perversa.

El límite que me impone esta conferencia me permite tan sólo unas reflexiones muy generales, complementarias de lo que hace muchos años vengo

1 MONTORO CHINER, M.J. La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho?. El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la realidad de las leyes. Revista Española de Derecho Administrativo nº 48, 1985. En esta obra analizo las técnicas que utilizaba el profesor C. BÖHRET, consistentes en el test de los proyectos de ley, a los efectos de evaluar sus repercusiones.

estudiando y cuya solución, en nuestro entorno jurídico, contemplo muy lejana²; los trabajos que he publicado, también en lengua alemana, sobre directrices, guías, evaluación y factibilidad de las normas, me relevan de continuas citas.

Mi propósito en estas páginas es poner de relieve algunos de los efectos que en el tiempo ha provocado la ausencia de buena legislación, dificultando su comprensión por los destinatarios, la integración del Derecho europeo, la organización administrativa y sus estructuras y sobrecargando los presupuestos públicos. Finalizaré con un ejemplo muestra, en forma de case study, que pondrá de relieve cómo la incorrecta modificación legislativa de una ley procesal pudo causar estragos en una institución jurídica ya consolidada: la de la responsabilidad patrimonial de la Administración; y cómo, meses después, se procedió a reparar el defecto cometido. Con ello pretendo demostrar que incluso leyes con rango de orgánicas no quedan a salvo del “efecto dominó” originado por su tramitación defectuosa, durante el procedimiento parlamentario. El profesor D. MERTEN se refiere, también, en su ponencia al deber del legislador, ante el Estado de Derecho, de observar un procedimiento legislativo riguroso.

No es mi intención extender este trabajo al análisis de cómo se han comportado los Tribunales, Constitucional y Contencioso-Administrativos, respecto de los defectos del procedimiento en la elaboración de las normas, ya

2 MONTORO CHINER, M.J. La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo. *Revista de Administración Pública*, N. 110, 1986; IDEM. *Adecuación jurídica y factibilidad. Presupuestos de calidad de las normas*. CEC. Madrid, 1989; IDEM. *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*. Barcelona, Ed. Atelier, 2001; IDEM. *Rechtssicherheit, Vorsorgeprinzip und wissenschaftliche Ausschüsse*, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, N. 59, 2004; IDEM. *Erfolgreiche Beratung der Gesetzgebung durch die Wissenschaft. Die Rolle wissenschaftlicher Ausschüsse bei der Rechtssetzung*. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 4/2008; IDEM. “Los presupuestos de calidad de las normas” en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*. CEC. 1990; IDEM. *Das innere Verfahren zur Ausarbeitung von Normen in Spanien. Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesqualität*. BACHMANN / JAHNEL / LIENBACHER (Hrsg) Manz, 1992; IDEM. Alcance de la técnica normativa en la Ley 13/1989, en *Técnica normativa*. Generalitat de Catalunya, 1991; IDEM. *Rechtssetzungspobleme eines gegliederten Staates beim Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften, Das Beispiel Spaniens. Europäische Integration und Gesetzgebung*. WIEN, Bundeskanzleramt, SCHÄFFER (Hrsg), 1992; IDEM. *Seguretat jurídica i tècnica legislativa*, en *Legislador i tècnica legislativa*. Publicacions del Parlament de Catalunya, 2003; IDEM. *Europäische Integration und Rechtsetzung: Retrospektive Evaluierung der Umsetzung von Europarecht in Spanien*, en *Text and Context. The Development of Legal Technique and Legal Culture in the New Context of Europe* (MADER-SCHÄFFER Eds.), 2010, Nomos.

que sobre su contenido se han pronunciado en escasas ocasiones. Es también imposible, en el espacio de que dispongo para esta aportación, hacer una referencia exhaustiva a las causas de los defectos en las normas, a la escasa atención prestada en su *drafting*, a la falta de sensibilidad en la evaluación de sus efectos económicos, ni, por supuesto, aludir a todos los diferentes ámbitos o sectores donde la repercusión negativa es más notoria. Sirvan estas líneas, tan sólo como reflexión introductoria a lo que se está convirtiendo en un fenómeno generalizado que no sólo amenaza (ya no puede decirse que sólo amenaza), sino que ha convertido el ordenamiento jurídico en una tela de araña inaccesible incluso para los expertos.

II. El arte “desnaturalizado” de legislar

Hubiera podido comenzar este trabajo citando la frase, tan conocida, “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura³”. No lo he hecho así. Es más oportuno citar las líneas anteriores de la misma obra que aluden a los efectos de la desidia, la ignorancia y las omisiones del legislador. Por su causa “se convierten los juristas en gusanos que sólo viven de la madera podrida y, desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma”. El tiempo transcurrido desde que se escribieron estas ideas, independientemente del contexto en el que se redactaran, no les ha restado realidad. Las palabras rectificadoras del legislador no sólo pueden hacer inservibles bibliotecas: también perturban instituciones jurídicas consolidadas. Dificultan la creación de estructuras administrativas adecuadas y eficientes; permiten el uso, el abuso y la proliferación de entidades administrativas no sometidas ni guiadas por una razón económica; impiden la correcta distribución de prestaciones sociales entre los ciudadanos; permiten que la dogmática asuma un papel “reconstructivo” del ordenamiento; consiguen que reglas procesales inútiles, e inadecuadas, dificulten la realización de derechos materiales; y, por encima de todo, impiden la correcta aplicación uniforme del Derecho europeo, en especial, en las materias en que debería reinar la homogeneidad, la no discriminación, la facilidad de acceso a los servicios, y la uniformidad en las condiciones materiales y procedimentales de su ejecución y aplicación.

Es difícil entender que, en la actualidad, la doctrina deba dedicar más esfuerzo a enmendar y hacer comprensibles las excentricidades de los legisladores que a crear, perfilar o construir instituciones e, incluso, a formular reglas interpretativas que hagan avanzar el Derecho para la sociedad moderna.

3 J.H. VON KIRCHMANN, “*La jurisprudencia no es ciencia*”. CEP, Madrid, 1983. Traducción y escrito preliminar de Truyol Serra, A. p. 29.

Al comienzo de los años 80 se publicaron en España las primeras obras sobre técnica legislativa; también por entonces vieron la luz las primeras “Directrices de Técnica Legislativa”. Algunos pensamos que los legisladores tomarían conciencia de su utilidad y de los beneficios que podría reportar. Pues bien, tanto más aumenta el número de reglas técnicas en las leyes de procedimiento, estatales y autonómicas, destinadas a regular el proceso administrativo interno de elaboración de proyectos de ley y de reglamentos, las guías, directrices y códigos, tanto más aumentan el desatino legislativo, la opacidad de la regulación, la falta de completud de las normas, la confusión entre los supuestos de hecho, la inconcreta e incorrecta utilización de las instituciones jurídicas y, en consecuencia, el número de cargas para los destinatarios.

La utilización de expresiones como “nueva cultura de la legislación” se ha iniciado paralelamente a la obtención de los peores resultados que cabía esperar. Los legisladores no dominan la extensión del Derecho que crean; no mantienen el control de su obra. Las reglas creadas cobran vida propia a espaldas de su diseñador, y hay que dar la razón a los escépticos que sostuvieron siempre que el fenómeno del deterioro no se detendría. Entre ellos me cuento. Y es una evidencia, también, el aumento del coste del Derecho, el incremento de la litigiosidad y la dificultad en encontrar soluciones razonables, por cualquier tipo de operador jurídico, cuando el origen del problema se encuentra en una norma mal concebida y peor preparada.

Ese es el mal del que adolece la legislación actual. Análisis de impacto, memorias, informaciones públicas, dictámenes de órganos consultivos y demás fases de la elaboración normativa no remedian el déficit de una norma impracticable por mal proyectada, inefectiva por mal evaluada *ex ante*, o que no encaja en un sector o con los subsectores que pretende regular; o que incapacita e inutiliza lo regulado en normas procesales o substantivas anteriores sobre materias conexas.

En fin, el defecto no está sólo en la forma de las normas, en el lenguaje, en su inteligibilidad. El defecto no está sólo en la carencia de derogaciones formales o materiales. El defecto hay que buscarlo en la improvisación. Para preparar una norma, para modificar sus reglas, o para innovar en el ordenamiento, el proyectista ha de conocer no sólo la norma que diseña, sino su repercusión en las restantes normas conexas en el ordenamiento. En realidad, las normas tienen tres vidas: su concepción interna, la gestación parlamentaria y su presentación en el ordenamiento. Si fallan los mecanismos de construcción de la norma, la doctrina ha de buscar interpretaciones coherentes y congruentes. Lo anterior se puede extender a la Administración cuando utiliza la potestad reglamentaria a través de disposiciones de carácter general (aunque el efecto malévolos es menor dada la potencialidad limitada del Reglamento).

Todo ello nos lleva a concluir en que, pese a los intentos de desarrollar técnicas legislativas para mejorar la calidad de la legislación, se está demostrando que el problema del deterioro normativo no está sólo en la falta de calidad de la concepción de las normas, sino en su cantidad, en su superposición, en la multiplicidad de contenidos de regulación de un texto, en los preceptos intrusos, en las leyes de objeto múltiple, en las proposiciones “improvisadas” de leyes de iniciativa parlamentaria, o en la utilización de enmiendas transaccionales no contrastadas con el resto del texto.

Dicho lo anterior, debe también reconocerse que la mundialización, la globalización, y los efectos económicos de la crisis han desembocado en una legislación de emergencia, cuya única finalidad es la de paliar los efectos económicos negativos que aquella ha originado en algunos sectores y que ha conducido –y va a continuar conduciendo– a la completa opacidad del ordenamiento. La emergencia con la que se ha legislado en los últimos años ha confundido instituciones de Derecho público con técnicas de Derecho privado, ha introducido sistemas de descarga de trámites administrativos sin eliminar los anteriormente existentes, (tan sólo por poner algunos ejemplos) y ha provocado que, normas dictadas por razón de emergencia, hayan sido derogadas o modificadas incluso antes de haber podido llegar a entrar en vigor. La “legislación de emergencia” ha contribuido, si cabe, a potenciar los defectos de que adolecía ya la legislación en los tiempos de bonanza y espera. (Entiendo bajo la expresión “legislación de emergencia” las medidas adoptadas ante la crisis económica y las que se adoptan ante los recientes momentos sociales y religiosos convulsos).

III. Repercusiones en la integración del Derecho europeo

La distribución territorial que la Constitución de 1978 propiciaba, y que se completó entre los años 1979 a 1984, en lo que se llama el Estado autonómico, es el marco para la integración del Derecho europeo. La complejidad del sistema de competencias, y el escaso período transcurrido entre la nueva estructura del Estado y el momento en que se suscribió el Acta de Adhesión a la Comunidad Económica Europea, originó, como es sabido, la mayor “revolución” en la distribución del poder que podía esperarse. Junto a los inconvenientes que la pluralidad de sujetos responsables de la integración normativa del Derecho europeo planteaba, la diversa “situación competencial de las Comunidades Autónomas” frente al Estado, añadía otro factor de dificultad. La pretensión inicial del Estado de monopolizar las reglas de ejecución del Derecho europeo amparándose en el interés general de la normativa comunitaria fue frenada casi de inmediato por el propio Tribunal Constitucional. Las reglas internas de delimitación competencial son las que fundamentan la ejecución interna del Derecho europeo (STC 252/1988).

Algunos aspectos de la adaptación al Derecho europeo del Derecho interno merecen una calificación negativa. En especial, cuando el legislador estatal, en el intento de introducir nuevas regulaciones o preceptos de contenido “básico” o “bases” en las trasposiciones del Derecho europeo con normas con rango de ley las desarrollaba, también posteriormente, mediante reglamentos. Ello originó un problema con sustantividad propia que no es posible enjuiciar sólo bajo la perspectiva de la técnica legislativa: el de calibrar si las reglas básicas estaban ya contenidas en una normativa comunitaria.

El problema se ha agravado cuando el Estado ha efectuado transposiciones traduciendo prácticamente el texto de una Directiva, por lo que la integración consistió en sustituir el texto interno por el texto comunitario; si en ese mismo ámbito material, las Comunidades Autónomas habían legislado innovando su propio ordenamiento jurídico, según sus competencias, utilizando instrumentos, instituciones y técnicas jurídicas viables, pero distintas de las contenidas en la transposición estatal, se acentuaban las divergencias entre unas Comunidades Autónomas y otras. Divergencias cuanto más perturbadoras si afectaban intereses y actividades económicas.

Una situación singular se produce si la materia a integrar o transponer es de competencia autonómica y no ha dictado el legislador estatal reglas procesales para uniformizar procedimientos. Las Comunidades Autónomas han procedido a la transposición del Derecho europeo de manera completamente diferente unas de otras en lo sustantivo y en lo procedimental en materias que afectaban directamente tanto a la libertad de empresa como a la libertad de establecimiento y, por conexión, a la posición jurídica de los administrados en el procedimiento y ante la Administración. Este es el caso de la Directiva de Control Integral de la Contaminación, Directiva IPPC, cuya transposición ha dado como resultado, a dieciséis procedimientos distintos. Las materias afectadas especialmente por la deficiencia técnica de transposición aludida han sido las de medio ambiente, seguridad vegetal, seguridad alimentaria, seguridad de los productos, etc.

A lo anterior hay que añadir casos paradigmáticos de incumplimiento. Las condenas por incumplimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Reino de España hablan por sí solas. Baste con analizar el número de declaraciones de incumplimiento del Derecho europeo en materia de aguas: calidad de las aguas, calidad de las aguas de baño y, la última y más reciente, de diciembre de 2012, respecto al incumplimiento de la redacción de los planes hidrológicos de cuenca (salvo en el caso de Cataluña), ignorándose, por tanto, la Directiva Marco del Agua, que vio la luz hace exactamente diez años⁴.

4 Tal vez convenga remarcar que en el Anexo XXIV del Informe Anual de la Comisión sobre el control del Derecho comunitario (datos a 10 de enero de 2007), se sitúa a

En algunos casos, en especial en materia de contratos del sector público, la utilización de un concepto no adecuado o incorrecto ha dado lugar a sucesivas condenas por incumplimiento. Organismo público, entidad adjudicadora, contrato de colaboración, son expresiones a través de las cuales se pretendió que el régimen de Derecho privado de determinadas entidades públicas permitiera eludir la calificación de la entidad como poder adjudicador, excluyéndola, por tanto, de las reglas de contratación.

Entre las técnicas de transposición se ha utilizado la de la transposición por transcripción (por parte del Estado o de las Comunidades Autónomas), produciendo la correspondiente inseguridad jurídica al confundirse términos como concesión, permiso, autorización, licencia, declaración responsable, comunicación previa, etc.

La integración mediante remisión se ha utilizado en el caso de anexos de Reglamentos europeos, que, por lo general, contenían reglas técnicas. Pero, cuando esta técnica se utilizaba en la transposición de las Directivas, ni permitía ajustar los conceptos jurídicos, ni permitía desplegar las finalidades de la Directiva.

Se han dado casos de transposiciones completas, parciales, y fraccionadas. Por tanto, se han dado casos de transposición completa mediante una nueva norma que regulaba el ámbito completo de la Directiva, y de normas modificativas de la legislación existente que introducían tan sólo cambios adaptados a la Directiva. Se han dado, también, casos de transposiciones mediante leyes de presupuestos que el Tribunal Constitucional ha calificado de “parciales” y ha admitido su corrección.

Si se analizan globalmente las normas que disciplinan los contratos del sector público, las de medio ambiente, las de sanidad animal, trazabilidad, las de grandes sectores regulados como electricidad y gas, y las del sector ferroviario, la conclusión a la que se llega es que la integración se ha producido con relativa lentitud y de manera desigual; ha requerido excesivas modificaciones legislativas; el proceso en cascada (Europa, legislador estatal y Comunidades Autónomas) ha convertido algunos sectores de regulación en inmanejables e intransparentes. En los sectores donde el legislador estatal debía de marcar “las bases” o “la legislación básica” a las Comunidades Autónomas, la desintegración ordinamental ha sido notoria. En los sectores en los que las

España en el puesto diecinueve en relación con el porcentaje de incumplimientos. En abril de 2004, España alcanzó el primer lugar entre los Estados europeos con un porcentaje de cumplimiento del 99,47%, ya que de las 2.447 Directivas que debían de transponerse, se comunicó la correspondiente medida de ejecución para 2.434.

Comunidades Autónomas han podido tomar como “bases” o “legislación básica” o “normas básicas” el propio contenido del Derecho europeo, el resultado de la transposición ha sido algo más transparente.

Es cierto que la capacidad de los Estados miembros para absorber el resultado del proceso legislativo europeo, depende no sólo de sus condiciones y capacidades, sino también de su sistema constitucional, político y de su propia cultura administrativa. O, posiblemente, de toda una combinación de los anteriores elementos. La inicial euforia europeísta en España, ha derivado en una concreta y evidente dificultad para adaptarse en determinados sectores al sistema jurídico de la Unión Europea⁵.

La Ley 2/2011, llamada de Economía Sostenible, contenía una disposición adicional primera, de difícil comprensión, titulada “Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario”. El precepto establece que las Administraciones públicas o cualquiera otra entidad del sector público que diera lugar a que el Reino de España fuera sancionado por incumplimiento de obligaciones derivadas de normas del Derecho de la Unión Europea, asumirán, en la parte que les fuera imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento. La regla de la Ley 2/2011 ha sido desarrollada posteriormente a través de normas sobre estabilidad presupuestaria (L.O. 2/2012, art. 8 y R.D. 515/2013). Para ello se establece un procedimiento, previa audiencia de las Administraciones y entidades afectadas, a través del cual el Gobierno del Estado declarará la responsabilidad por el incumplimiento y acordará la compensación de dicha deuda con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable. Es obvio que la introducción de criterios de responsabilidad e imputación del incumplimiento medidos en términos económicos y deducciones presupuestarias, hace difícil la solución. Es imposible operar a través de criterios de imputación traducibles en términos o cantidades económicas a deducir de las que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable; pero de forma indirecta, el Tribunal Constitucional ha avalado la regulación referida en su STC 36/2013.

Más difícil aún es evaluar el grado de incumplimiento si la causa se encuentra en la defectuosa legislación resultante de la ausencia de técnica normativa, pues equivaldrá a la “ausencia de ejecución”.

5 Sobre la forma y técnica de la integración he publicado en lengua alemana, MONTORO CHINER, MJ. Europäische Integration und Rechtsetzung: Retrospektive Evaluierung der Umsetzung von Europarecht in Spanien. En la obra: *Text and Context. The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europa*. MADER / SCHÄFFER, (eds). Ed. Nomos.

IV. La complicación de la simplificación: la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y su transposición en España

1. Es conocido que el objeto y la finalidad de la Directiva era eliminar o reducir cargas administrativas a los operadores de servicios. Como también es conocido que el objetivo es el de eliminar o reducir el poder de las autoridades competentes, los plazos indeterminados o excesivamente largos, las autorizaciones de vigencia limitada, o las sanciones desproporcionadamente altas. En la medida de lo posible, el procedimiento de autorización debe de ser sustituido por otros que aquí no vamos a diseccionar (ventanilla única, derecho de información y asesoramiento, procedimiento electrónico). Sin embargo, sustituir las autorizaciones tradicionales por sistemas de comunicación previa y de declaración responsable, exige la existencia de una cultura administrativa *ad hoc* y requiere la responsabilidad de los ciudadanos en el Estado social de Derecho, la responsabilidad de los profesionales y un cambio de paradigma: el control previo o el control posterior por los poderes públicos es sustituido por el autocontrol de los implicados en el procedimiento.

Las leyes estatales que incorporan la Directiva de Servicios (Ley 17/2009 y Ley 25/2009) originan una modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de carácter básico, así como de las correspondientes normas reguladoras del régimen local. La Directiva de Servicios no define expresamente la comunicación previa ni la declaración responsable. La legislación estatal española de transposición ya mencionada no define nada más que el concepto de autorización y el de declaración responsable. Es la Ley 30/1992, de Procedimiento, modificada, la que intenta definir conceptualmente lo que es la declaración responsable y la comunicación previa (art. 71 bis 1 y 71 bis 2). Ambas técnicas jurídicas responsabilizan al interesado por los contenidos de la comunicación previa o de la declaración responsable. Tanto en la comunicación previa como en la declaración responsable, la manifestación privada impediría la existencia de un acto administrativo. Sin embargo, en ocasiones, la comunicación previa y la declaración responsable van seguidas de una inscripción en un Registro administrativo. A la inscripción en el Registro administrativo se anudan, por lo general, las facultades administrativas de decisión, aceptación o denegación de la inscripción en el Registro y, por tanto, la reviviscencia del sentido positivo o negativo del silencio administrativo, dependiendo de si la actividad es o no de imperioso interés general. Lo que se intentó evitar por dilatorio se reintroduce por la vía de la inscripción en el Registro.

2. Las normas para la incorporación de la Directiva de Servicios dictadas por el Estado y por aquellas Comunidades Autónomas que lo han efectuado

(a título de ejemplo, la Ley catalana 26/2010, de régimen jurídico de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña) han regulado modelos distintos. En algunos casos es necesaria la declaración responsable; en otros casos, declaración responsable y comunicación previa; y en los casos más extremos, además, la necesaria inscripción de los datos de la actividad en un Registro. La cuestión que surge de inmediato es si no cumpliría la misma función una autorización otorgada en un plazo breve y proporcionado a la actividad a iniciar, a la cual, en caso de no resolverse de forma expresa, se le puede dar un sentido positivo, con carácter general, y negativo, con carácter excepcional.

La consecuencia de lo anteriormente expuesto es la variedad de regímenes estatuidos, incluso en el mismo sector, diferentes según las Comunidades Autónomas. A falta de regulaciones claras, las reglas existentes se interpretan por la doctrina bajo los criterios tradicionales del acto administrativo y toda su solemnidad (dando sentido de “inactividad” a la falta de control posterior por parte de la Administración o introduciendo la posibilidad de la responsabilidad patrimonial, por “culpa in vigilando” en el caso de que la falta de comprobación originase a un particular tercero daños económicos; plantea también la doctrina la posibilidad de revocación, e incluso la revisión de oficio del acto administrativo tácito mediante el cual la Administración dio por buena la declaración responsable y la comunicación previa).

3. La Directiva de Servicios pretende atajar todos los males a través de la introducción de sistemas de evaluación del impacto en la aplicación de las normas y la introducción de sistemas previos de medición del impacto de los proyectos normativos. Ciertamente, todo ello se ha llevado a cabo. La Ley de Economía Sostenible ya aludida, contiene un capítulo llamado “Mejora del entorno económico” destinado a preparar reglas para la mejora de la calidad de la regulación. La referida Ley enumera los principios de la buena regulación, formaliza algunos criterios de técnicas de evaluación del impacto normativo, en especial, para la eliminación de cargas y determina las memorias de impacto, las de reducción de cargas, y todas aquéllas que tendrían que tenerse en cuenta para la preparación de un proyecto normativo. Al modo en que se efectúan los modelos de costes-estándar (*Standard Cost Model*) en la Unión Europea, es cierto que algunos anteproyectos normativos iban acompañados de las cautelas descritas. Pero estas cautelas desaparecerían, prácticamente, en los casos de iniciativa legislativa popular, en los casos de proposiciones de Ley en vía parlamentaria y, en especial, en los casos de los decretos-leyes que contienen mediadas económicas para mejorar los sectores en crisis.

Es por esa razón por la que comenzaba esta aportación señalando que cuando mayor está siendo el número de preceptos, reglas y cautelas para la

mejora de la calidad normativa, peor está siendo el resultado del producto normativo.

4. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, contenía una disposición adicional en la que se encarga a la Secretaría General de Relaciones con las Cortes el nombramiento de una Comisión de Técnica Normativa que trate de limpiar, pulir, adelgazar y poner orden en el efecto derogatorio de los decretos-leyes y medidas técnicas adoptadas en el ordenamiento jurídico, y a la limpieza, en general, del ordenamiento eliminando preceptos, reglas y normas superfluas.

La mencionada norma que regula, también, el derecho de acceso a la información pública, puede neutralizar sus propios efectos beneficiosos por déficit de regulación en el procedimiento de acceso. En efecto, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública (documentos, contenidos, etc.) se somete a trabas y requisitos desproporcionados; la petición de información puede inadmitirse; la inadmisión parece no tener vía de recurso idónea; contra la ausencia de respuesta expresa de la solicitud se ha previsto el sentido del silencio administrativo negativo. El resultado de la “novedosa” regulación trae como consecuencia el establecimiento, posiblemente no intencionado, de reglas y criterios que conformarán un derecho de acceso al conocimiento de datos públicos más restrictivo que los existentes en la Ley 30/1992, reguladora del procedimiento y en las normas ambientales de acceso a la información ambiental contenidas en el Derecho europeo. Nuevamente, por defectuosa regulación procesal se restringirán derechos materiales.

Se intenta cumplir con un Plan de racionalización normativa (un año para identificar las normas y tres meses para evaluarlas). Al parecer, existen 2.700 normas que afectan a las empresas en contra de la unidad de mercado, de las cuales, un 30% son estatales, y un 70%, autonómicas.

V. Un tema aparentemente menor pero de gran envergadura económica: la potestad organizatoria de las Administraciones

1. Al conjunto de poderes de una autoridad pública para ordenar los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan para el ejercicio de competencias y potestades públicas se puede definir como potestad organizatoria. Planes, informes, normas, substantivas y presupuestarias exteriorizan el ejercicio de la potestad organizatoria que, debiendo tener como límite sólo la Ley, en los años de bonanza económica se ha convertido en un “Leviatán”. La incidencia del Derecho europeo en lo organizativo, la huída del Derecho público para escapar de los criterios de concurrencia de la contratación pública y la elección de formas jurídicas sometidas al Derecho privado, han conducido

a la multiplicación de entes instrumentales constituidos sin tener en cuenta la capacidad económica de los entes matrices (Administraciones, estatal, autonómicas y locales). Ciertamente, las leyes de contratos de las Administraciones públicas, las leyes presupuestarias, y las leyes de organización y procedimiento, vigentes en los años 80 y 90, permitieron un sistema de crecimiento (irracional en lo económico), de las entidades instrumentales vinculadas a la Administración pública. En general, del sector público. Hoy no cabe explicar una futura reforma de la Administración pública sin tener en cuenta la modificación del artículo 135 de la Constitución y el principio de estabilidad presupuestaria, y la sostenibilidad de las finanzas públicas.

2. La proliferación de entidades durante más de veinticinco años se ha pretendido atajar a través de polémicas reformas de orden económico que afectan, no sólo a la potestad organizatoria de la Administración sino también al propio sistema de competencias vigente en España.

Es competencia exclusiva del Estado dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 de la Constitución). La regulación de las sociedades mercantiles públicas sometidas al Derecho privado, de las entidades empresariales como entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración, los organismos autónomos y las fundaciones públicas, etc. ha favorecido la existencia de una tipología de entes públicos con modalidades organizativas múltiples. La tendencia era confiar a estos organismos *ad hoc* tareas atribuidas a una organización administrativa matriz⁶. ¿Qué decir de la Administración Local?. Las formas organizativas anteriormente enunciadas habían sido adoptadas sin controles económicos por los entes locales.

El último fenómeno lo constituyeron las denominadas agencias, que habían de asumir, por transformación de otros entes, nuevos modelos de gestión pública. El Real Decreto 951/2005, por el que se establecía el marco para la mejora de la calidad de la Administración General del Estado, respetando el derecho a una “Buena administración”, determinaba que las nuevas agencias aplicarían métodos de evaluación de programas, de políticas públicas, etc. Surgieron la Agencia Estatal de Meteorología, la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, por poner algunos ejemplos.

6 MONTORO CHINER, MJ. Öffentliches Recht und Privatrecht in der Organisation und Tätigkeit der Verwaltung Spaniens. En la obra *Verwaltung im 21. Jahrhundert. Herausforderungen. Probleme, Lösungswege*, SCHWEIZER, RAINER J / JEAN-RENAUD, CLAUDE / KUX, STEPHAN / SITTER-LIVE, BEAT (Hrsg). 20. Kolloquium (2001) der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften.

3. No puede negarse que la tela de araña que conformaba el sector público había sido propiciada por unas normas de procedimiento y presupuestarias que ponían el acento en la potestad de organización, nunca en los criterios económicos bajo los cuales o en cuyo marco había de desarrollarse la potestad organizatoria. Para no salirnos del marco de esta conferencia, cabe concluir que la Administración local constituía ejemplo paradigmático de superposición de entidades de toda naturaleza.

No es extraño que sobre el año 2010 comenzaran a adoptarse acuerdos de racionalización del sector público empresarial (del Estado), como, por ejemplo, planes de austeridad 2011-2013, y acuerdos que se referían a operaciones de fusión y extinción de entidades, reduciendo el número de consejeros de los Consejos de Administración, y ajuste y amortización de puestos directivos. El intento de racionalización comenzó en el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 22 de marzo de 2010 para ajustar el déficit público por debajo del 3% del PIB, llegando a adoptarse un acuerdo para la sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013.

Algunas Comunidades Autónomas han procedido de manera semejante a través de medidas de concentración empresarial y medidas de supresión de entidades del sector público.

La tarea de reducir la proliferación de entidades públicas y entidades privadas instrumentales del sector público y su intento de adelgazamiento, se ha confiado a normas que adolecían de los siguientes defectos: tras el período de crecimiento y proliferación del sector público por la falta de criterios económicos, y en el momento de la drástica reforma para ajustarse a los planes de estabilidad financiera, por la celeridad mediante la que se han elaborado y tramitado las normas. Se llega a la conclusión de que, en ambos casos, la legislación no ha sido debidamente evaluada ni adecuadamente preparada.

En los años 2011 y 2012, aproximadamente cincuenta reales decretos-leyes han regulado medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. En el 2013 y 2014 el número ha aumentado. Si se suman las normas dictadas por las Comunidades Autónomas, las medidas han sido tributarias, financieras, del sector eléctrico, de sociedades de capital público, mercado laboral, ámbito educativo y de servicios financieros, entre otras.

4. No faltan estudios que ponen de relieve el fenómeno del crecimiento y adelgazamiento que aquí se ha descrito, los intentos de racionalización, la necesaria adaptación de los criterios organizativos a la crisis económica y a los planes de estabilidad presupuestaria.

Vale la pena señalar que el artículo 135 de la Constitución se modificó en un tiempo record; que las leyes de medidas económico-presupuestarias que adoptan la forma de decretos-leyes, son legislación de objeto múltiple, lo cual

es obvio, y contienen preceptos intrusos que, en ocasiones, modifican decenas de preceptos de la legislación sectorial. Los decretos-leyes que pretenden mantener un objeto único, exclusivamente económico, incluyen reglas trascendentales aplicables a la liberalización de determinados sectores (para ejemplo, el Real Decreto-Ley 4/2013, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo que contiene medidas aplicables a la completa liberalización del sector ferroviario, que tuvo lugar el 31 de julio de 2013, y medidas de modificación de hondo calado en la legislación del sector de los hidrocarburos).

La euforia por la reducción del sector público, y el intento de aumentar ingresos, son paradigmáticos en la Ley 10/2012, llamada de Tasas judiciales. Antes de entrar en vigor la Ley citada se intuía la desproporción de las tasas impuestas para algunos procesos judiciales; ha sido modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, mediante el cual se producen reducciones, algunas de ellas del 80%, y exenciones para determinados procesos respecto de las contenidas en la Ley aprobada semanas antes.

El Real Decreto-Ley 5/2013, sobre pensiones, ha debido ser explicado por el Gobierno, al día siguiente de su aprobación, debido a la alarma social causada.

A lo anterior hay que añadir que cada una de estas normas, al igual que las que las modificaban o derogaban tan sólo algunos días después, han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional. Su posible suspensión, por una parte, y la mala confección con la que estaban concebidas, por otra parte, va a producir un coste del ordenamiento jurídico económicamente apreciable. Todo ello, sin detenernos en el análisis de la inseguridad jurídica que se puede manifestar durante el período en que hayan podido estar en vigor sus preceptos y su rechazo por la ciudadanía, por la doctrina y por los altos órganos consultivos, así como por los correspondientes Defensores del Pueblo.

En fin, es difícil definir lo que es la “buena legislación”. Pero es bien fácil comprobar en muy pocos meses los efectos de lo que aquí se llama “perversa legislación”. Sin entrar ahora en la censura de la legalidad de las modificaciones operadas por Decreto-Ley, hurtando al Parlamento una discusión plural. Tanto más cuanto se han llegado a dictar casi cincuenta decretos-leyes en los dos últimos años, que modifican cientos de leyes anteriores.

El Tribunal Constitucional ha seguido la tónica generalizada de advertir que no es juez de la calidad de la ley ni de la congruencia del ordenamiento. Reconduce, por lo general, su doctrina hacia la libertad de configuración del legislativo. En alguna ocasión ha advertido de los riesgos que entraña, por ejemplo, reproducir preceptos de la Constitución en leyes, o reproducir normas estatales básicas en la legislación autonómica. Por lo general, conecta la calidad de la norma con la seguridad jurídica pero señala que son defectos

irrelevantes, por ejemplo, la existencia de preceptos ininteligibles, la calificación errónea de un precepto como transitorio o adicional, cuando no lo era, la existencia de preceptos superfluos y la introducción de reglas intrusas en las normas.

Ha prestado el Tribunal Constitucional atención a las remisiones, entendiendo que se trataba de un tema menor. En fin, con independencia de las descalificaciones sobre las leyes presupuestarias, en su Sentencia 119/11, el Tribunal se ha manifestado ya más receptivo, en especial, rechazando la introducción de enmiendas innovativas en el Senado con contenidos desconocidos para el Congreso en el curso de la tramitación parlamentaria; en su Sentencia 136/11, el Tribunal aborda la cuestión de la calidad del procedimiento de tramitación de las normas; y critica que ello da lugar a la naturaleza de leyes heterogéneas aunque no sanciona con la inconstitucionalidad tales defectos.

VI. Un ejemplo paradigmático de deficiente procedimiento legislativo. La “evanescencia” de preceptos no derogados ni modificados. Un *case study* de tres leyes orgánicas

A. Exposición del problema. Génesis y solución

1. Un ejemplo paradigmático de lo que nunca debió de suceder: la “desaparición” o “evanescencia” del precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuía el conocimiento de los pleitos en materia de responsabilidad patrimonial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de una manera exclusiva y excluyente.

Si verdaderamente una institución jurídica había sido legislativamente perfilada, jurisprudencialmente matizada y doctrinalmente construida, era la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Cuestión nada pacífica y no homogéneamente regulada en los Estados miembros de la Unión Europea que, por lo que respecta a la reparación de los daños causados por instituciones y agentes europeos, deriva del artículo 41.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Podría decirse que la doctrina Francovitch del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no innovaba nada en nuestro ordenamiento que, decenios antes, contenía ya una regulación cerrada y completa.

2. El artículo 106.2 de la Constitución de 1978 determina que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del fun-

cionamiento de los servicios públicos. En la actualidad, el precepto está desarrollado en el Título X de la Ley 30/1992, de procedimiento y régimen administrativo común de las Administraciones públicas; su regulación tiene contenido básico, de manera que es aplicable a la responsabilidad por daños emanada de actos de cualquier Administración pública o entidad vinculada a ella, incluso a los casos de responsabilidad derivada del Estado legislador; en consecuencia, la posición de los particulares queda uniformemente garantizada también por el procedimiento para demandarla.

3. La regulación del procedimiento para hacer valer la demanda de responsabilidad e indemnización ante los Tribunales quedaba, sin embargo, dispersa entre la legislación administrativa, la legislación civil, y la legislación social, pues las normas procesales no determinaban con exactitud ante quien se reclamaba cuando los actos procedían de la Administración sanitaria, de una Administración sometida al Derecho privado o actuando bajo formas jurídicas privadas, y cuando se trataba de daños causados a particulares como consecuencia de una actuación atribuible a un funcionario.

Resumiendo, las jurisdicciones civil, penal, administrativa y social, según la tipología del acto, eran las jurisdicciones competentes para conocer de las demandas o peticiones según el sector en que se hubieran originado los daños. Para los particulares, en más de una ocasión, se originaba lo que se llamó “el peregrinaje jurisdiccional”; para los órganos jurisdiccionales, la inexactitud legislativa daba lugar a decenas de sentencias en las que más que al contenido del pleito, se atendía a la motivación de por qué entraba a conocer el órgano jurisdiccional ante el que se había reclamado.

A lo anterior hay que añadir el hecho de que en los años 80 fue práctica administrativa habitual que las Administraciones públicas contrataran con compañías de seguros pólizas de aseguramiento que cubrían los daños y perjuicios que padeciesen los particulares como consecuencia de su actuación. Y, por otra parte, también la legislación sectorial, en especial, la legislación de obra pública, obligaba a que los concesionarios y contratistas que ejecutaban obras adjudicadas por la Administración, contratasen seguros de responsabilidad patrimonial (obligatoria) por los daños causados a terceros en el decurso de la ejecución de la obra pública.

4. Como se ha dicho, la Ley 30/1992, y su modificación mediante la Ley 4/1999, regularon un régimen sustantivo uniforme para la responsabilidad patrimonial de la Administración, e intentaron unificar la jurisdicción, que es, en todo caso, la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de la personificación pública o privada, del sector en que se hubiera producido el daño o la lesión; con independencia, también, de que ésta hubiera sido causada por la actuación administrativa o por un funcionario público en concreto.

Tal unificación jurisdiccional no fue clara ni pacífica. Entre la Ley 30/1992 y la modificación operada en el año 1999, se dictó su Reglamento de desarrollo, pero decenas de sentencias del Tribunal Supremo no consintieron en aceptar la atribución de la materia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, tan inexactamente formulada.

Ciertamente, el problema venía originado por el hecho de que el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuía las cuestiones en materia de Seguridad Social al conocimiento del orden social; pero sentencias del Tribunal Supremo para la unificación de doctrina, y sentencias del Tribunal Supremo en Sala de conflictos, e incluso un auto del Tribunal Constitucional insistían en que a la Ley Orgánica le corresponde atribuir órdenes jurisdiccionales y criterios de reparto de jurisdicción, mientras que a la Ley ordinaria le correspondía regular la norma sustantiva y disponer cuáles son aplicables a la Administración, según actúe con sujeción al Derecho administrativo.

Por fin, la Ley Orgánica 6/1998 zanja la cuestión: modifica el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a su vez, reforma la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 (sobre la cual tuvo lugar uno de nuestros Seminarios, aquí en la Universidad de Speyer)⁷. Se atribuyeron las pretensiones en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a los Tribunales contencioso-administrativos “cualquiera que fuere la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos la pretensión de resarcimiento ante este orden jurisdiccional”. En consecuencia, nunca podrán ser demandadas las Administraciones públicas en los órdenes jurisdiccional, civil y social, lo que se dice irrefutablemente en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. La unidad de jurisdicción para las materias de responsabilidad patrimonial contra los actos lesivos o dañosos privados de su actuación comenzaba su camino.

Quedaban, no obstante, fuera de tal regulación (omisión imperdonable) los supuestos de reclamación en los que el particular se había dirigido contra la empresa aseguradora de la Administración (lo que podía llevar, nuevamente, a que la jurisdicción civil resultase competente). Ciertamente, este supuesto no estaba especificado en el artículo 9.4 reformado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, esta laguna es cubierta por la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003 (que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial

7 Die Reform des Verwaltungsprozessrechts in Spanien. SOMMERMANN, K.P. Hrsg. MONTORO CHINER, MJ. Die Urteilsvollstreckung in der Verwaltungsprozessordnung 29/1998 vom 13. Juli 1998. Seminario de 30 de septiembre de 1999 (Speyer Forschungsberichte, 240), 2005.

y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), dando una definitiva redacción en la que aparece mencionada la técnica del contrato de seguro de responsabilidad de la Administración.

En consecuencia, cuando las Administraciones tengan contratado un seguro de responsabilidad, tampoco pueden ser demandadas ante los órdenes jurisdiccionales civiles o sociales; y, las empresas aseguradoras de las Administraciones públicas aparecerán siempre como demandadas junto con la Administración a quien aseguren.

Centenares de resoluciones judiciales y cinco modificaciones legislativas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa habían puesto fin a la inexactitud que, en ocasiones, hacía vagar y peregrinar a los particulares, en especial, si los daños que padecían los había producido un contratista de una obra pública cuya responsabilidad frente a terceros estaba cubierta por una compañía de seguros y se había de dilucidar caso por caso si el daño fue causado por el contratista en la ejecución de la obra, por los defectos en el proyecto, por la orden concreta de la Administración o, simplemente, si el particular había sido partícipe de su propio daño.

Es cuestionable si la solución legislativa dada fue la mejor, así lo critican la doctrina del Derecho civil y la doctrina del Derecho administrativo; pero es cierto que los Tribunales descansaron una vez pudieron ahorrarse las consideraciones jurídicas relativas a la falta o el exceso de jurisdicción por el supuesto acontecido y el orden jurisdiccional al que se atribuía.

5. Y ahora entramos en lo que no debió haber ocurrido nunca, pero sucedió. Una proposición de Ley presentada ante el Congreso de los Diputados por el Parlamento Vasco, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, determinaba que el Tribunal Constitucional conocería de las normas forales de las Juntas Generales de los territorios históricos de Araba, Guipuzkoa y Bizkaia, relativas a los impuestos concertados⁸, eliminando tales normas del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

8 La Exposición de Motivos del acuerdo adoptado por las Juntas Generales de Bizkaia decía así: «La Disposición adicional primera de la Constitución proclama que ésta “ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”» y añade que «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía».

De acuerdo con ello, el Estatuto de autonomía para el País Vasco reconoce en su artículo 3: “Cada uno de los territorios históricos que integran el País Vasco” tiene la facultad de “en el seno del mismo, conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno” (...), reconocimiento que

Cuando en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 11 de abril de 2008, se publica la “Proposición de ley de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial” presentada por el Parlamento Vasco, en el texto que se publica se detecta ya el error: la referencia al apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se determinaba si la modificación afectaba tan sólo al primer párrafo del artículo 9.4 o a su totalidad. (Resulta obvio explicar que el artículo 9.4 se componía de varios párrafos).

reitera el artículo 24.2 y que se traduce en reserva expresa a los órganos forales por el propio Estatuto de un núcleo competencial exclusivo (art. 37.2), en el que ni siquiera el Parlamento Vasco puede entrar (art. 25.1): “el Parlamento Vasco ejerce la potestad legislativa (...) sin perjuicio de las competencias de las instituciones a que se refiere al art. 37 del presente Estatuto”.

Art.1. Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Los siguientes artículos de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional quedan redactados como sigue:

Art. 27.2.e): “Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades autónomas, incluidas las normas forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, relativas a los impuestos concertados con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de la delegación legislativa”.

Art. 28.1: “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la constitución de una ley, norma foral fiscal, disposición o acto con fuerza de ley del Estado de las Comunidades autónomas, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades autónomas para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

Art. 29.2: “La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, norma foral fiscal, disposición o acto con fuerza de ley, no será obstáculo para que la misma ley, norma foral, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso”.

Art. 30; (...) art. 31; (...) art. 32.1; (...) art. 32.2; (...) art. 35.1; (...) art. 35.2; (...) art. 37.2; (...) art. 39.1; (...) art. 40.1; (...)

2. Se añade el capítulo V al título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...)

Art. 2. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial queda redactado como sigue (primer error, sólo salvable por el contenido de la Exposición de motivos):

Ya han desaparecido los párrafos 2 y 3 del apartado 4 del artículo 9 LOPJ, 6/1985.

Arrastramos el error. En el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 1 de diciembre de 2009, se publican las enmiendas al texto de la “Proposición de ley de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial”. La enmienda – motivada en mejoras técnicas – proponía acoplar la propuesta de modificación a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya en tramitación; por tanto, hacía concordar las conexiones relativas a los conocimientos sobre recursos contra normas fiscales forales atribuidas al Tribunal Constitucional y su exclusión lógica del conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa⁹. [Lo que, en la actualidad, es el art. 3.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa].

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2009, se da conocimiento y publicación al informe de la ponencia¹⁰.

9 Al artículo 1.

Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Se añade una nueva disposición adicional quinta.

“Disposición adicional quinta (nueva):

1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de Alava, Gipuzkoa y Bizkaia (sic), dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la Disposición adicional primera de la Constitución, y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también en las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal.

El parámetro de validez de las normas forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo 28 de esta Ley.

2. (...)

3. (...)”

La justificación de la enmienda propuesta tiene el siguiente tenor literal: “Mejora técnica que clarifica y enmarca más adecuadamente en el ordenamiento jurídico los objetivos perseguidos en la Proposición original”.

10 Se resaltan tan sólo las motivaciones y justificaciones esenciales del informe de la Ponencia. “El régimen de recursos que establece esta iniciativa, se refiere a las normas forales fiscales, y ello en base a la Disposición adicional primera de la Constitución, cuyo contenido, los artículos 40 y 41 del Estatuto vasco no hacen sino explicitar. En este ámbito, que no es constitucionalmente transferible a otros entes o instituciones, sólo las normas forales aprobadas por las Juntas Generales de cada Territorio Histórico, pueden entrar, en virtud de la Disposición adicional primera de la Constitución, y sólo ellas, en consecuencia, pueden mantener, establecer y regular

los impuestos concertados que en el resto del Estado están formalmente reservados por la propia Constitución a las leyes aprobadas por las Cortes Generales.

Las normas forales reguladoras de los distintos impuestos concertados o de los recargos, arbitrios y recursos provinciales que pueden establecerse sobre ellos, no desarrollan ni complementan, por lo tanto, ley alguna, sino que suplen a las leyes estatales. Por ello, deben tener un régimen procesal de impugnación equivalente al de aquéllas.

De las consideraciones precedentes, resulta con claridad que hay una razón material suficiente para postular un cambio en el régimen jurisdiccional de las normas forales de carácter fiscal, y también una razón constitucional para hacerlo, modificando en el sentido ya señalado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Esta misma exigencia de cambio resulta igualmente observando lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es el precepto que define el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el que incluye el conocimiento de “las disposiciones generales de rango inferior a la ley”, lo que comprende las normas forales.

Para completar el ajuste legal necesario conviene modificar, en el mismo sentido, el artículo 3 la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadiendo como excepción a su alcance las normas forales fiscales”.

A continuación se transcribe, tan sólo, lo que afecta la modificación del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, según el informe de la Ponencia, quedará redactado como sigue:

Art. 2. Modificación del apartado 4 del artículo 9 de la LOPJ.

“Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos sobre la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales, que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Alava, Gipuzkoa y Bizkaia (sic), que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la Disposición adicional quinta de su Ley Orgánica”.

Ya han desaparecido los párrafos 2 y 3 del apartado 4 del artículo 9 de la LOPJ.

Disposición adicional (nueva):

Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Se añade una letra d) al artículo 3 de esta Ley, que quedará redactado como sigue:

“d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Alava, Gipuzkoa y Bizkaia (sic) que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos en la Disposición adicional quinta de su Ley Orgánica”.

Este precepto no tiene carácter orgánico.

No resulta necesario continuar con el análisis de toda la tramitación. Es ya de por sí sorprendente comprobar que cuando se publica definitivamente el texto, el precepto queda encabezado de la siguiente forma: “*El apartado 4 del artículo 9 de esta Ley quedará redactado como sigue*”, y se procede a transcribir el texto del primer párrafo tan sólo. En conclusión, ¿qué ha sucedido con los párrafos 2 y 3 del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial? Desaparece todo lo relativo al conocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, personal a su servicio, sujetos privados demandados, compañías de seguros, demandas dirigidas contra entidades públicas o privadas indirectamente responsables. Simplemente, ha desaparecido.

Realmente, el objeto de la modificación era exclusivamente el de las normas forales fiscales y su sometimiento al Tribunal Constitucional. No había motivo ninguno para modificar el resto del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero el título del artículo modificativo es claro “queda redactado como sigue”; además, el texto modificador no contiene disposiciones derogatorias; en su preámbulo para nada se refiere a otro contenido que al de las normas forales fiscales. ¿Cabría alguna interpretación integrativa?

Los textos y colecciones privados que transcriben la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 9 omiten los párrafos segundo y tercero del apartado 4. La doctrina habla de “falta de fijeza” en el ordenamiento de los párrafos segundo y tercero. Los párrafos segundo y tercero desaparecen de la publicación en la página web del propio Ministerio de Justicia. En realidad, al tratarse de una modificación “sustitutiva”, dada la redacción de la Ley 1/2010, se hacen “evanescer”, en consecuencia, los párrafos segundo y tercero de dicho apartado.

Lo que ha sucedido es observado con preocupación tanto por la jurisprudencia como por la doctrina del Derecho público. Hay que hacer revivir de manera expresa y literal el precepto en los términos anteriores a la modificación. ¿Qué hacer para evitar que una laguna de once meses pueda volver a producir el peregrinaje jurisdiccional que se ha pretendido evitar?. Pues bien, la Ley Orgánica 4/2011 se limita a recordar “con una rectificación técnica” que el artículo 9.4 de la LOPJ continúa manteniendo todos sus párrafos, al margen de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2010. Se le denomina “enmienda técnica”. Y la advertencia de la omisión o evanescencia o pérdida temporal se produce en el Senado, durante la tramitación final nada

menos que de una Ley Orgánica complementaria a la Ley de Economía Sostenible¹¹ (se trata de una ley orgánica por la que se modifican otras tres anteriores de Cualificaciones de Formación Profesional, de Educación y, nuevamente, de Economía Sostenible). Por tanto, una ley orgánica de objeto múltiple.

Hay que pensar que cuando el Derecho pasa por mentes sensatas, una interpretación integrativa podía haber defendido, a falta de intención expresa del legislador, la subsistencia completa del apartado 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero debe de reconocerse que semejantes defectos, que no son deseables, deberían ser aún más evitables cuando se producen en leyes orgánicas que se modifican unas a otras, atribuyen competencias a órdenes jurisdiccionales, y amplían la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de las normas forales de los territorios históricos.

B. Reflexiones doctrinales en torno al caso. ¿Qué se puede esperar de la legística?

Ya sabemos que dogmática y norma se retroalimentan. Ya sabemos que la función de la dogmática es la construcción de instituciones ante la “decons-

11 Emerge el precepto aparecido en la Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 1/2010, de modificación de las leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

En el párrafo primero del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, se corrige el inciso “apartado 4 del artículo 9 de esta Ley”, que se sustituye por el siguiente: “Párrafo primero del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

Así resurge el precepto completo mediante la enmienda en el Senado (BOCG, Senado, de 14 de febrero de 2001, pág. 11).

Enmienda de adición

Añadir una nueva disposición adicional primera y el contenido actual de la Disposición adicional primera queda numerado como Disposición final tercera con el siguiente texto:

Justificación.

Corrección técnica de la norma citada.

“Disposición final primera.

En el párrafo primero del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, se corrige el inciso “apartado 4 del artículo 9 de esta Ley”, que se sustituye por el siguiente: “párrafo primero del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (...)”.

trucción” de preceptos y reglas jurídicas que, en ocasiones, produce el legislador. Ello no obstante, hasta ahora conocíamos derogaciones materiales (frente a las derogaciones formales, que son las de desear), pero lo que no conocíamos era la “evanescencia” o “desaparición” de preceptos que luego vuelven a reaparecer bajo la veste de “correcciones técnicas” o “enmiendas técnicas”.

La legística, la ciencia de la legislación, comienza a revelar sus propios límites. No cabe dudar de que ayuda a elevar los estándares de reflexión, pero no impide los defectos ni los fallos de concepción de las normas. Prueba de ello es el número de ocasiones en que el juez se convierte en legislador por sustitución (cuando debe determinar el supuesto de hecho o evaluar las perspectivas de un supuesto de hecho para su concreción).

La legística contemplaba el análisis de las normas desde la perspectiva del Estado de Derecho. Su pilar es la ley. La ley, en su aparición externa, ha estado sujeta a las tendencias políticas del Gobierno, a la necesidad de buscar alianzas parlamentarias para su aprobación, a la de transaccionar enmiendas, etc. Desde una perspectiva de “asepsia”, la legística ayuda. En el juego de las fuerzas políticas contempladas en su totalidad, la ayuda prestada por las técnicas que pone al servicio la legística, ayuda menos. Lo dicho es más explicable cuando se trata de normas prestacionales de marcado carácter social; en suma, cuando los poderes públicos han de buscar soluciones a cuestiones económicas y sociales inminentes y al ciudadano no se le puede pretextar que en los meses próximos tal vez la ley sea inimplementable. Tampoco resulta disculpable cuando se trata de normas – caso del artículo 9.4 LOPJ – que representaban modificaciones necesarias que afectaban a la distribución de poderes del Estado y, con ocasión de modificar lo que era legítimamente necesario, hacen tambalearse aquello que ya otras normas anteriores habían conseguido estabilizar: la atribución uniforme al orden contencioso-administrativo de las cuestiones sobre pretensiones de responsabilidad patrimonial¹².

Todo ello nos lleva a deducir que si, a pesar de los intentos de desarrollar técnicas legislativas para mejorar la calidad de la legislación, sucede lo que sucede, ¿qué sería de las normas si no se tuviese en cuenta un cierto rigor en

12 No se justifica por el hecho de que se trate de una Proposición de ley de iniciativa parlamentaria. Como tampoco se justificaba cuando eran de uso común las llamadas leyes de acompañamiento. ¿Quién se acuerda ahora que la Ley de acompañamiento estatal 62/2003 modificó 113 leyes?.

Lo mismo ha sucedido ahora con el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No consta que el Consejo del Poder Judicial emitiese su Dictamen.

su preparación?. Se está demostrando que el problema del deterioro de la calidad normativa está en la cantidad de normas más que en su calidad, contemplada individualmente; los fallos más estrepitosos se producen por la colisión entre unas y otras, y por el impacto entre reglas no contrastadas debidamente.

Por esa razón puede concluirse que las directrices de técnica legislativa y los análisis del impacto normativo, concebidos tal y como se han concebido en nuestro país, tienen un mal pronóstico y tendrán un menor éxito del que se prevé.

Una cosa es la directriz o guía como canon de elaboración de la futura norma (innovativa, modificativa, refundida, consolidada, etc.); otra cosa es el análisis de su impacto en los destinatarios, los agentes económicos, sociales, su coste externo y sus costes de implementación interna. Pero bien distinta es la evaluación de las repercusiones en el resto del ordenamiento de una norma jurídica concreta.

Mientras no se realice conscientemente esta operación, la actual sectorialización de los agentes, órganos, entes, instituciones, de quienes parte la iniciativa, es la causante de que unas propuestas normativas dupliquen o neutralicen preceptos de normas ya existentes, creen lagunas o, lo que es peor, induzcan a interpretar que se han originado derogaciones materiales.

Tres líneas rectificadoras del legislador pueden neutralizar lo que en años la dogmática jurídica ha creado; lo que el mismo legislador ha acogido y regulado y, sin proponérselo, ha destruido, habiendo de dedicarse nuevamente la dogmática jurídica a explicar lo “desechado”. No puede negarse que es un fenómeno de *feed-back*, propio de la naturaleza al que el Derecho no es del todo ajeno.

C. La función de la dogmática en la construcción y la “deconstrucción” de preceptos y reglas jurídicas

No es necesario insistir en que legislación y dogmática se retroalimentan. Desde antiguo, la dogmática mueve a la legislación y el legislador no puede prescindir de ella. La dogmática no es sólo un gran auxilio instrumental en la aplicación de la ley, si no que lo es, también, en la creación del Derecho. A veces, incluso se desprende una cierta calidad de la norma allí donde la dogmática se ha conformado con mayor rigor (hay que referirlo siempre a instituciones, categorías jurídicas, técnicas e instrumentos jurídicos, no hablamos de disciplinas jurídicas).

Ejemplos siempre citados son los de la irradiación en todo el ordenamiento de la dogmática sobre algunos derechos fundamentales, o sobre participación garantista en el procedimiento administrativo.

Sin la dogmática alcanzaría el ordenamiento un bajo nivel jurídico “cultural”. El legislador piensa y habla con los conceptos construidos por la dogmática¹³. Por otra parte, la dogmática reelabora la legislación, que debe ser interpretada y armonizada tras salvarla de contradicciones y antinomias para rellenar sus lagunas. Y eso se hace en cada sentencia, en cada artículo, en cada tratado o en cada comentario. Esperamos hacer valer esta reflexión para recomponer el “evanescido”, temporal y parcialmente, apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La iniciativa parlamentaria, su proceso, el texto del precepto modificado, y la justificación de la modificación del apartado 4 del artículo 9 LOPJ durante su tramitación parlamentaria inducen a mostrar que el legislador no tuvo la intención de alterar el orden jurisdiccional al que venía atribuyéndose el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad. De haberse querido lo contrario, en materia tan relevante, debía de haberse incluido en la modificación una cláusula derogatoria formal.

Hay que evitar que, por la fuerza derogatoria material de las normas, se puede llegar a una contradicción intrasistémica provisional en la atribución de competencias a órdenes jurisdiccionales (a pesar de que la forma en que fue reparada la inconsistencia legislativa ha sido un remedio peor que la enfermedad).

En orden a valorar esta posición hay que volver a referirse a las imbricaciones entre dogmática y legislación. La institución de la responsabilidad patrimonial ha sido una creación del Derecho positivo tan sólo parcialmente; en su desarrollo y aplicación (desmesuradamente extendida y abusivamente utilizada) ha sido una creación doctrinal y jurisprudencial; su acervo configurado dogmáticamente ha influido en exceso al legislador que, de manera paradigmática, en la Ley 30/1992, toma las expresiones y los presupuestos doctrinales impostándolos en la norma desde el inicio de la redacción. El título X de la Ley 30/1992 está lleno de conceptos y de definiciones que, por exceso y por defecto, había marcado la doctrina: define el daño antijurídico pero no define

13 A estos efectos es imprescindible citar la obra: *Gesetzgebung und Dogmatik. 3. Symposium der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart” am 29. und 30. April 1988. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften Göttingen, von Okko Behrends und Wolfram Henckel (Edit.)*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen 1989. Nueva impresión 2005; y, en especial, STARK, Ch, *Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht*.

Entienden los autores como dogmática jurídica la formación constante y sistemática de conceptos jurídicos, instituciones, principios y reglas que, como parte del ordenamiento jurídico positivo, son independientes de su fijeza normativa por ser reconocidas y seguidas de manera generalizada. Prepara conceptos y sistemas sobre los que el legislador piensa y desarrolla.

los requisitos de la causalidad. Es cierto que el artículo 106.2 de la Constitución había dado pie a hacerlo.

Los manuales “con fuerza de ley” pueden resultar peligrosos una vez quedan plasmados en los textos legales, pero debe reconocerse que, una vez recogidas sus posiciones y puntos de vista en el texto legal, sirven, también, para enderezar otros preceptos redactados por el legislador con líneas torcidas. Disponemos de muchos ejemplos para ilustrar lo que se acaba de decir. Las influencias recíprocas entre dogmática y legislación pueden resultar incluso positivas en el campo del Derecho administrativo¹⁴.

Conseguir formular legalmente el control de la inactividad de la Administración no ha sido un mal logro. Sin embargo, lo que se ha dado en llamar la responsabilidad del Estado legislador ha dado mucho juego dogmático, jurisprudencial y doctrinal, “a posteriori”, tras su formulación legal. En efecto, la cláusula incluida en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 ha sido construida dogmáticamente para tratar de salvar y explicar las reglas de un precepto poco inteligente.

Los ejemplos en este ámbito son interminables, tanto los positivos como los negativos. La dogmática ha conseguido convertir una ley en un tratado de Derecho administrativo. Tal es el caso de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ello no obstante, corresponde ahora concluir, para dar “coherencia interna” al sistema, que la modificación del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tan sólo desplegó su intencionalidad sobre los Reglamentos forales, y su falta de fijeza no pudo tener nunca eficacia derogatoria ni potencialidad sobre la regulación sustantiva de la responsabilidad.

VII. ¿Hay remedio inmediato para atajar los males de la “perversa legislación”?

Las primeras obras publicadas por la doctrina española sobre técnica legislativa datan de finales de los años 80. El esfuerzo realizado culminó con la publicación del acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 1989, el cual refundía las “*Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno*”, así como la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, que recogía el “*Cuestionario de evaluación que debía acompañar los proyectos normativos a elevar al Consejo de Ministros*”.

14 La construcción dogmática de la responsabilidad patrimonial de la Administración fue obra del Profesor E.GARCÍA DE ENTERRÍA, a quien, desde aquí, quisiera recordar.

No deja de ser paradójico que los estudios sobre técnica legislativa justificasen la rigurosidad en la preparación de las normas con rango de ley y de las disposiciones reglamentarias, bajo las garantías que la Ley de procedimiento de 1958 dedicaba al procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales. Como no deja de ser paradójico que la Ley 50/1997, del Gobierno, introdujese en su Título V varios preceptos que regulan la iniciativa legislativa, el ejercicio de la potestad reglamentaria y el precepto de elaboración de reglamentos.

Sí resultó pionero, en su momento, que la Ley 13/1989, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Generalitat de Catalunya, en su Capítulo IV, contuviera reglas sucintas para la elaboración de disposiciones de carácter general, aplicables también a los anteproyectos de Ley, pues suponía una innovación en el ámbito de la técnica legislativa. Por cierto, las mencionadas reglas han sido ampliadas prolijamente por la Ley 26/2010, reguladora del procedimiento administrativo en Cataluña, que dedica un capítulo completo a regular las memorias, estudios de impacto, análisis e impacto de género, memorias económicas, etc. que han de ser aplicadas en la elaboración de los reglamentos y, por extensión, de los proyectos de ley.

Se puede decir que, en tanto las reglas de elaboración técnica de anteproyectos de ley y de reglamentos están configuradas como una obligación legal, su observancia debería tener como consecuencia una reflexión pausada, racional y extensa de la necesidad de la norma, de sus efectos, de su eficacia, etc. En la actualidad, como se ha dicho, el Título I de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, contiene también una serie de medidas para mejorar la calidad de la regulación¹⁵.

15 No son éstas las únicas disposiciones que prescriben requisitos de técnica normativa. Por poner una serie de ejemplos, el artículo 2 del Real decreto 1083/2009 prescribe los documentos que han de contener: la memoria, la oportunidad de la propuesta, el contenido y análisis jurídico, listado pormenorizado de las normas a derogar, etc. Por otra parte, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 adopta directrices de técnica normativa aprobadas a nivel estatal, que contienen los pasos a aplicar para que una norma esté revestida de la mínima apariencia de “bondad”. Pueden verse también, a nivel del Estado:

– *Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, 11 de diciembre de 2009:

http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/modernizacion-procedimientos/impacto_normativo/guia-metodologica-ain-1264084813.pdf

– Web con la documentación sobre las iniciativas de mejora de la regulación y reducción de cargas:

http://www.mpt.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas.html

En Catalunya, además:

Ya he manifestado en muchas ocasiones que esta tipología de directrices a tener en cuenta en la confección de la norma, no tiene porqué estar contenida en leyes de procedimiento, sino en instrumentos de *soft law* que, precisamente por su dinámica y agilidad han de ser constantemente renovados. Aun más he de lamentar que no están dando lugar a una mejora legislativa. En la actualidad, se cuentan por decenas las Guías, Directrices, etc. para la calidad de las normas sin que se vean sus efectos beneficiosos.

Especialmente en los últimos años, la legislación se ha acelerado, motivada, como hemos dicho, por la constante adaptación al Derecho de la Unión Europea y, en la actualidad, por la creciente crisis, cuyos efectos tratan de mitigarse; directrices, reglas, advertencias, análisis, estudios de impacto, etc. se están relevando escasamente útiles, porque no siempre se aplican a los proyectos de ley, es prácticamente imposible su aplicación a la proposiciones de ley en sede parlamentaria, y es prácticamente imposible, también, aplicarlos a la legislación de urgencia: a los decretos-leyes.

Los requisitos de buena elaboración se aplican, esencialmente, a los reglamentos; su inobservancia puede dar lugar a la anulación de reglamentos por parte de los Tribunales contencioso-administrativos, fundando la nulidad en defectos de forma al no haberse cumplido los requisitos de técnica normativa a tener en cuenta en la elaboración.

¿Qué cabe esperar ante todo ello?. Una sola meta: que quien proyecta la norma sea consciente del alcance de la misma. Que sepa el nivel de Derecho que va a generar. Que conozca el Derecho que va a producir. Que deseche y no tenga en cuenta todo aquello que no pretende legislar, innovar o modificar.

Conocemos el Derecho europeo. Se están llevando a cabo hace años estudios rigurosísimos a los efectos de legislar menos con mejor repercusión y con observancia del principio de subsidiariedad. Tal vez, el mismo mecanismo pueda ser aplicable a los Estados miembros. Pero, por el momento, me atrevería a advertir que en el contexto del país del que provengo y sobre el cual estoy disertando, tan solo intentando conocer la justificación y el análisis de presupuestos de hecho, gastos y número de destinatarios, el Derecho que se

– Direcció de Qualitat Normativa, *Directrius en matèria d'avaluació de l'impacte normatiu, per a la reducció de les càrregues administratives*, 25 de febrero de 2009: http://www.gencat.cat/especial/gbp/docs/directrius_carregues_admin.pdf;

– Direcció de Qualitat Normativa, *Guia de Bones pràctiques per a l'elaboració i la revisió de normativa amb incidència en l'activitat econòmica*, 13 de abril de 2010: <http://www.gencat.cat/especial/gbp/docs/gbp.pdf>,

– Web sobre materiales para las iniciativas de mejora de la regulación y reducción de cargas: <http://www.gencat.cat/especial/gbp/cat/index.htm>

modifica y el Derecho que se deroga, ya se avanzaría en calidad. Habría que poner especial atención a si las medidas que se proponen son menos gravosas que las medidas que existían, o entrañan menor coste total del procedimiento y del ordenamiento.

Se impone la codificación en algunos sectores. Se impone, por necesaria, una limpieza del ordenamiento que podría tener lugar a través de la codificación de sectores. Se imponen serias refundiciones de textos operando por sectores; pero eso sería, tal vez, objeto de un proyecto de investigación y de un análisis que, en su conjunto, éste no es el momento en el que pueda yo abarcarlo.

Stand und Perspektiven der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Gesetzesfolgenabschätzung (oder kurz GFA) ist ein in Deutschland seit langem sehr intensiv diskutierter Ansatz zur Verbesserung der Qualität der Gesetzgebung. Im Jahre 1984 wurden die sog. „Blauen Prüffragen“ (der Fragenkatalog war auf blauem Papier gedruckt) eingeführt. Dabei handelte es sich um einen Katalog von Fragen, z. B. nach der Notwendigkeit und dem Anwendungsbereich einer Regelung, möglichen Alternativen, der Praktikabilität und den Kosten, der von allen an einem Gesetzgebungsvorhaben beteiligten Stellen beantwortet werden musste.¹

Da dieser formale Fragenkatalog in der Praxis zu keinen wirklichen Prüfungen von Gesetzgebungsvorhaben führte, war eines der Leitprojekte der neugewählten Regierung Schröder Ende des letzten Jahrtausends die Erarbeitung eines Handbuchs zur Gesetzesfolgenabschätzung. Mit der Erarbeitung dieses Handbuchs wurde der „Vater“ der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland, Prof. Carl Böhret, Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung in Speyer, beauftragt. Das von ihm und Götz Konzendorf im Jahre 2001 vorgelegte „Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung“² stellte den entscheidenden Schritt für die Einführung der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland dar. Im Jahre 2009 wurde dann von mir das „Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation“³ gegründet. Es ist die einzige Einrichtung in Deutschland, die Folgenabschätzungen und Evaluationen von Gesetzen für die Parlamente und Regierungen von Bund und Ländern auf wissenschaftlicher Grundlage durchführt.

Allerdings ist es – das muss ich vorausschicken – schwierig, von deutschen Erfahrungen in dieser Allgemeinheit sprechen zu können. Im deutschen Föderalismus hat nicht nur der deutsche Gesamtstaat, der Bund, sondern auch

1 OECD, *Reviews of Regulatory Reform: Germany* (Paris: OECD, 2004), 69 (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/oced-reviews-of-regulatory-reform-germany-2004_9789264107861-en).

2 *Carl Böhret/Götz Konzendorf*, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA)*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

3 [Http://www.ingfa-speyer.de](http://www.ingfa-speyer.de).

jedes einzelne Land seine eigene Gesetzgebung und seine eigene GFA-Politik. Daher konzentrieren sich die folgenden Ausführungen aus Platzgründen auf die Ebene der Bundesgesetzgebung, ergänzt durch einzelne Hinweise zur Länderebene.

1. Konzept und Verankerung von GFA

Wichtig ist zunächst der Ausgangspunkt: Wofür ist die Durchführung von GFA wichtig? Nach dem deutschen Verständnis von repräsentativer Demokratie kann und soll GFA politische Entscheidung nicht ersetzen. Natürlich wirkt GFA rationalitätsstiftend, ohne dass eine rationale Disziplinierung des politischen Prozesses das Ziel von GFA wäre. Politik ist nicht immer rational und muss dies auch nicht sein. Es ist durchaus auch Aufgabe der Politik, jenseits der Rationalität liegende Wertentscheidungen zum Ausdruck zu bringen. Jedenfalls muss sie – soll sie verantwortet werden können – informiert sein. Genau darum geht es GFA in der deutschen Ausformung als „Gesetzesfolgenabschätzung“.

Neben dieser sog. Erkenntnisfunktion hat GFA noch weitere Funktionen⁴:

- **Kontrollfunktion:** Bei der Untersuchung einer zukünftigen rechtlichen Regelung und ihrer Wirkungen geht es in erster Linie darum, Defizite zu identifizieren, um entsprechend korrigierend eingreifen zu können.
- **Dialogfunktion:** Durch GFA können Informationen bereitgestellt werden, die einen offenen Dialog zwischen verschiedenen Stakeholdern über das Regelungskonzept ermöglichen.⁵ Hierdurch können die Zielgenauigkeit und die Akzeptanz der Regelung verbessert werden.
- **Legitimierungsfunktion:** Schließlich können GFA auch dazu dienen, gesetzliche Regelungen, die beabsichtigt sind, zu legitimieren. Mit Hilfe der gewonnenen Daten und Erkenntnisse ist es möglich, überprüfbar nachzuweisen, mit welchem Input welcher Output und welche Wirkungen voraussichtlich über die Zeit erzielt werden. Insbesondere vor dem Hinter-

4 Reinhard Stockmann, „Evaluation in Deutschland“, in: Evaluationsforschung, hrsg. v. Reinhard Stockmann, 3. Aufl. Münster/New York/München/Berlin: Waxmann, 2006, 20-21.

5 Vgl. Frank Daumann, „Institutionelle Voraussetzungen einer Beteiligung von Verbänden in der Gesetzesfolgenabschätzung“, in: Wirkungsforschung zum Recht IV: Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, hrsg. v. Ulrich Karpen/Hagen Hof, Baden Baden: Nomos, 2003, 223-239.

grund knapper Finanzmittel nimmt diese Evaluationsfunktion an Bedeutung zu, da Programme oft zueinander im Wettbewerb stehen und die politisch Verantwortlichen Prioritäten setzen und eine Auswahl vornehmen müssen. Mit Hilfe von Bewertungskriterien (z.B. Effizienz, Effektivität, Relevanz, Nachhaltigkeit etc.) kann die Legitimation von gesetzlichen Maßnahmen demonstriert und kommuniziert werden.

Das in Deutschland verwendete Modell ist strukturell am policy-cycle⁶ orientiert und besteht aus drei Phasen:

- 1) Die erste Phase ist die sog. prospektive GFA.⁷ Methodisch ist es der anspruchvollste Teil. Sie setzt sehr früh ein, nämlich dann, wenn eine Regelungsidee beginnt sich zu entwickeln. Von deren Ausgangspunkt aus sind dann die eventuellen Regelungsalternativen auszdifferenzieren und in ihrer Eignung zur Erreichung der verfolgten Ziele, den durch sie verursachten Kosten und weiteren Wirkungen zunächst darzustellen und dann zu bewerten. So kann man sich Schritt für Schritt dem nähern, was möglicherweise eine optimale Regelungsalternative darstellt. Eine solche optimale Regelungsalternative ist immer nur ein Idealbild und beinhaltet für den weiteren Gesetzgebungsprozess in keiner Weise eine Vorentscheidung. Im Grunde ist sie nichts anderes als ein Instrumentenkoffer, aus dem sich die Politik dann bedienen kann. Insgesamt lassen sich dabei sieben Bewertungsdimensionen unterscheiden, nämlich Rechtmäßigkeit, Kosten, Effizienz, Effektivität, Akzeptanz, Praktikabilität und das Auftreten von Neben- oder Folgeeffekten.⁸
- 2) Ist dann die Regelungsidee zum Gesetzentwurf gediehen, dann kommt die zweite Phase, die sog. begleitende GFA.⁹ Die begleitende GFA tut sozusagen so, als wäre der Gesetzentwurf bereits in Kraft. Sie muss nicht umfassend sein, kann also hinter dem „großen“ Prüfprogramm der prospektiven GFA zurückbleiben und auf bestimmte Prüfkriterien fokussiert werden.

6 Siehe *Werner Jann/Kai Wegrich*, Phasenmodelle und Politikprozesse: Der Policy Cycle, in: *Lehrbuch der Politikfeldanalyse*, hrsg. v. Klaus Schubert/Nils Bandelow, München/Wien: Oldenbourg, 2003, 71-105.

7 *Böhret/Konzendorf*, Handbuch, 5-87.

8 Vgl. *Böhret/Konzendorf*, Handbuch, 6.

9 *Böhret/Konzendorf*, Handbuch, 89-254.

- 3) Die letzte Phase ist dann die retrospektive GFA.¹⁰ Sie kommt als ex post-Evaluation zur Überprüfung einer bereits seit einiger Zeit in Kraft befindlichen Regelung zum Einsatz. Ziele der Überprüfung sind in der Regel die Ermittlung, in welchem Maße das Regelungsziel erreicht wurde und was Gründe für eventuelle Defizite sind, die durch die Regelung tatsächlich verursachten Kosten zu erheben und eventuelle nicht intendierte Nebenwirkungen festzustellen. Zusätzlich werden Folgerungen für eine evtl. sinnvolle Überarbeitung der Regelung formuliert.

Der Grundgedanke dieses Drei-Phasen-Modells ist es, einen geschlossenen Folgenbewertungskreislauf für Normen zu erzielen. Es ist aber nicht notwendig, für alle Normen immer alle drei Phasen vollständig durchzuführen. Jede der drei Phasen hat ihre eigenen Erkenntnisinteressen, ihre eigenen Methoden und ihre eigenständige Berechtigung.

Eine Vorschrift, die für alle Regulierungen die Durchführung einer GFA vorschreiben würde, gibt es in Deutschland nicht. Aus demokratietheoretischen Gründen muss vor allem für Gesetze, die von Abgeordneten oder Fraktionen des Parlaments in die parlamentarische Beratung eingebracht werden, keine GFA durchgeführt werden. Anders verhält es sich mit Gesetzentwürfen der Regierung. Bei Gesetzentwürfen der Bundesregierung muss nach § 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien immer eine Darstellung der beabsichtigten Wirkungen und der voraussichtlichen unbeabsichtigten Nebenwirkungen erfolgen, bevor der Entwurf ins Parlament eingebracht wird. Außerdem muss in dem Gesetzentwurf festgelegt werden, ob und wenn ja nach welchem Zeitraum eine retrospektives GFA durchgeführt werden muss. Das Gesetz enthält dann eine sog. Evaluationsklausel. In vielen Bundesländern gibt es ähnliche Regelungen, die teilweise auch detaillierte methodische Vorgaben enthalten.

2. Elemente der Durchführung von LIA

Orientiert man sich an dem genannten Dreiphasenmodell, so lässt sich in der Praxis kaum zwischen prospektiver und begleitender GFA unterscheiden. Eine wirklich prospektive GFA wird nur in sehr seltenen Ausnahmefällen vollständig durchgeführt. Dies hat in erster Linie Gründe, die im politischen Prozess liegen. Meist ist es so, dass nicht nur das zu regelnde Problem, sondern auch das politische Regulierungsziel schon feststeht.¹¹ Das Zeitfenster,

10 *Böhret/Konzendorf*, Handbuch, 255-311.

11 *Sylvia Veit*, *Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung?*, Wiesbaden: VS Verlag, 2010, 319-320.

in dem eine im engeren Sinne prospektive GFA durchgeführt werden kann, ist daher sehr schmal und kann nur schwer in den politischen Prozess eingebaut werden.¹² In der Praxis gibt es außerdem zahlreiche unscharfe Verdichtungsprozesse, die die Übergänge zwischen den beiden Phasen verschwimmen lassen. Und schließlich stellen Gesetze nicht nur einen normativen Problemlösungsansatz dar, sondern sind auch das wichtigste Mittel, um politischen Willen für die Wähler sichtbar zum Ausdruck zu bringen. Dies führt dazu, dass ein Gesetzentwurf im Laufe der parlamentarischen Beratungen häufig verändert wird. Wegen dieser politischen Determinierung des Gesetzesinhalts ist eine GFA in aller Regel nur sinnvoll in der Form, dass das Entstehen des Gesetzentwurfs und dessen eventuelle Änderung in Form einer begleitenden GFA begleitet werden.

Der wesentliche Unterschied besteht vielmehr zwischen der ex ante-GFA vor und der ex post-GFA nach Inkrafttreten einer Regulierung.

Ein methodisches Problem der ex ante-GFA besteht darin, dass das Gewicht einzelner Elemente der GFA unterschiedlich bestimmt ist. Es gibt verschiedene Prüfungen, die methodisch Bestandteile eines umfassenden GFA sind, von der Politik aber für so wichtig gehalten worden sind, dass sie jeweils in einem besonderen Verfahren durchgeführt werden:

- Das sowohl auf Bundes- als auch auf Ebene der Länder am Stärksten ausgebaute Element ist die Bürokratiekostenmessung. Sie ist keine „Messung“ im strengen Sinne, sondern eine Abschätzung, die auf dem Standard-Kosten-Modell beruht.¹³
- Ebenfalls fest verankert ist die Genderprüfung, das geschlechterdifferenzierte LIA. Hierbei geht es darum festzustellen, ob eine geplante Regulierung unterschiedliche Auswirkungen auf Frauen und Männer haben kann.¹⁴

12 Im Einzelnen *Carl Böhret*, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Heutiger Stand der Methodik und Erfahrungen mit der Integration in die Gesetzesvorbereitung in Deutschland, in: *Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland*, hrsg. v. Heinz Schäffer, Wien: Manz, 2005, 43.

13 Vgl. *Alexander Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, 252-261; *Alexander Kroll*, »Bürokratieabbauer« im Aufwind: erste Erfahrungen mit der Anwendung des Standardkosten-Modells, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 24 (2009): 259-277; *Alexander Kroll*, Das Standardkosten-Modell und dessen Beitrag zum Bürokratieabbau, Potsdam: Universitätsverlag, 2008.

14 Vgl. *Susanne Baer/Sandra Lewalter*, Zielgruppendifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung – Ein Aspekt des Gender Mainstreaming und ein Beitrag zu »better governance«, *Die Öffentliche Verwaltung* 60 (2007): 195-202.

- Jeder Gesetzentwurf, der von der Bundesregierung oder vom Bundesrat in das Parlament eingebracht wird, muss die Darstellung und Bewertung der Durchführung einer Nachhaltigkeitsprüfung enthalten. Maßstäbe dieser Nachhaltigkeitsprüfung sind die Ziele und Indikatoren, die in der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie festgelegt worden sind.¹⁵
- Ein weiterer selbständig ausgewiesener Prüfungspunkt ist die Haushaltsfolgenabschätzung. Bei der Erstellung jedes Gesetzentwurfs ist gesondert darzulegen, welche Auswirkungen die geplante Regelung auf die Entwicklung der öffentlichen Haushalte haben wird.¹⁶
- Neuerdings ist schließlich eine Abschätzung der Erfüllungskosten eines Gesetzes durchzuführen. Erfüllungskosten sind solche Kosten eines Gesetzes, die den Bürgern oder Unternehmen dann entstehen, wenn sie die durch das Gesetz eingeführten Pflichten befolgen, d.h. sich an das Gesetz halten.¹⁷
- Auf Ebene der Bundesländer finden sich vereinzelt noch weitere verselbständigte Elemente von Gesetzesfolgenabschätzung. Wichtigstes Beispiel ist die sog. Konnexitätskostenfolgenabschätzung, bei der es um die Ermittlung der Mehrkosten für die Kommunen durch die Übertragung neuer Aufgaben geht.¹⁸

15 Vgl. *Windoffer*, Verfahren, 234-244; *Klaus Jacob/Sylvia Veit/Julia Hertin*, Gestaltung einer Nachhaltigkeitsprüfung im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung, Berlin 2009; *Günter Krings*, Die Nachhaltigkeitsprüfung in der Gesetzesfolgenabschätzung, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 24 (2009): 237-244.

16 Vgl. *Windoffer*, Verfahren, 261-275.

17 Vgl. Bundesregierung und Nationaler Normenkontrollrat, Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Wiesbaden, 2012.
(http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2012-10-01-leitfaden-erfullungsaufwand.pdf?_blob=publicationFile).

18 Siehe zu verschiedenen Modellen im Bereich Konnexitätskostenfolgenabschätzungen siehe *Winfried Brechmann*, Konnexität Freistaat – Kommunen als neue Herausforderung an die Gesetzesfolgenabschätzung, in: *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, hrsg. Stephan Hensel/Kilian Bizer u.a., Baden Baden: Nomos, 2010, 149-157; *Andreas Engels*, Kostenfolgeabschätzung und Evaluation als Elemente landesverfassungsrechtlicher Konnexitätsprinzipien, *Verwaltungsarchiv* 102 (2011): 285-313; *Hans-Günter Henneke*, Konnexität zwischen Land und Kommunen als neue Anforderung an die Gesetzesfolgenabschätzung, in: *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, hrsg. v. Stephan Hensel/Kilian Bizer u.a., Baden Baden: Nomos, 2010, 139-143.

Es gibt also in Deutschland eine ganze Reihe von impact assessments, die ein Gesetzentwurf zu durchlaufen hat. Diese Folgenabschätzungen sind an bestimmten politischen Zielen orientiert, nämlich des Abbaus der Bürokratiekosten um einen bestimmten Prozentsatz, der Umsetzung der nationalen Nachhaltigkeitsstrategie oder der Gleichstellung von Frauen und Männern. Wegen ihrer hervorgehobenen politischen Relevanz nehmen die Ergebnisse dieser impact assessments Einfluss auf die Ausgestaltung eines geplanten Gesetzes.

Das methodische Problem besteht allerdings darin, dass es sich um jeweils isolierte Verfahren nach unterschiedlichen Methoden handelt, die den Blick auf eine ganzheitliche Beurteilung eines geplanten Gesetzes in einer umfassenden GFA verstellen. Keine der Einzelprüfungen, die ich genannt habe, bezieht sich auf das zu regelnde Problem, das gesamte Zielsystem des geplanten Gesetzes, die Instrumente zur Erreichung dieser Ziele und die Wirkungen und Nebenwirkungen. Zwar wird auf Bundesebene – wie ich erwähnt habe – theoretisch bei jedem Regierungsentwurf eine über die Einzelprüfungen hinausgehende GFA durchgeführt. Jedoch werden wegen der unterschiedlichen methodischen Ansätze und auch der teilweise unterschiedlichen Zuständigkeiten die Einzelprüfungen nicht ausreichend in die GFA integriert. Die vom Ansatz her eigentlich umfassend gemeinte GFA wird vielmehr fragmentiert, wodurch alle die – möglicherweise für die Beurteilung einer geplanten Regulierung sehr wichtigen – Aspekte, die nicht Gegenstand einer der Einzelprüfungen sind, nur am Rande behandelt werden und keine nennenswerte Relevanz erlangen.

3. Institutionelle Verankerung der GFA und der Einzelprüfungen

Von Bedeutung für die Beurteilung der Wirkungen von GFA in Deutschland ist die institutionelle Verankerung, also die Frage, wer die Folgenabschätzung durchführt oder zumindest die Einhaltung der methodischen Standards überwacht. Im internationalen Vergleich finden sich häufig auf der Zentralebene angesiedelte Einheiten, z. B. in den USA das Office of Information and Regulatory Affairs.

Eine solche zentrale, für die Qualität der GFA verantwortliche Einheit fehlt in Deutschland, und zwar sowohl auf Bundes- als auch auf Ebene der Länder. Zwar gibt es in einzelnen Bundesländern zentrale Normprüfstellen, die meistens in den Staatskanzleien, d. h. dem Ministerium des Ministerpräsidenten, im Finanz- oder im Innenministerium angesiedelt sind. Sie sind aber meist nur dafür zuständig, GFAs, soweit sie von den Ministerien, die die Gesetzentwürfe erarbeiten, durchgeführt werden, beratend zu begleiten. Bei ge-

nauerer Betrachtung sind die Normprüfstellen eher koordinierende Controlling-Einheiten als Einrichtungen, die methodisch auf die Durchführung von GFAs ausgerichtet sind.

Auf Bundesebene existiert keine zentrale Einheit mit Verantwortung für die Durchführung der GFA. Die GFA wird vielmehr von denjenigen Beamten durchgeführt, die auch den Gesetzentwurf erarbeiten, der überprüft wird. Dies gilt auch für die Nachhaltigkeitsfolgenabschätzung und die Gender-Folgenabschätzung. Hinsichtlich der Nachhaltigkeitsfolgenabschätzung besteht die Besonderheit, dass sie – wie beschrieben – anschließend von einem Parlamentarischen Beirat für nachhaltige Entwicklung überprüft wird, wenn der Gesetzentwurf in das Parlament eingebracht wird.

Eine Besonderheit gilt für die Bürokratiekostenmessung und die Abschätzung der Erfüllungskosten. Hierfür ist der Nationale Normenkontrollrat zuständig. Aber auch der Nationale Normenkontrollrat prüft lediglich, ob die von den Ministerien durchgeführte Abschätzung des Erfüllungsaufwands dem methodischen Standard entspricht und nachvollziehbar und verständlich dargestellt wird.

Analysiert man die Bedeutung der institutionellen Verankerung von GFA für eine Verbesserung staatlicher Regulierungen, so kann man nur sagen: institution matters. Dort wo keine Institutionen zur Durchführung oder zumindest der Überwachung von GFAs oder Einzelprüfungen geschaffen wurden, sondern die impact assessments von den Beamten durchgeführt wurden, die die Gesetze selbst entworfen haben, ist der Einfluss der Ergebnisse dieser Prüfungen auf das Regulierungsverhalten äußerst gering. Anders ist es bei den Abschätzungen, die vom Normenkontrollrat zumindest überwacht werden. Hier hat die Tätigkeit des Normenkontrollrats zu einem deutlichen Umdenken bei der Vorbereitung und dem Erlass von Regulierungen geführt.

Aus diesem Grund habe ich vor einigen Jahren mit Unterstützung der Landesregierung das „Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation“ gegründet, das sicherstellen soll, dass impact assessments nach den zu beachtenden methodischen Standards durchgeführt werden und die Ergebnisse unabhängig dokumentiert werden.

4. Methodische und politische Erfolgsbedingungen von GFA in Deutschland

Eine der Erfolgsbedingungen ist soeben schon genannt worden: die Institutionalisierung.¹⁹ Lassen Sie mich einige weitere Erfolgsbedingungen benennen, die sich teilweise auf die Erfahrungen des Instituts für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation in der Durchführung von GFAs und teilweise auf eine Analyse des Erfolgs der vom Nationalen Normenkontrollrat überwachten Durchführung der Bürokratiekostenmessung stützen:

- Eine der großen Stärken der Bürokratiekostenmessung ist ihr sog. „entpolitisierte Ansatz“.²⁰ „Entpolitisiert“ soll heißen, dass die Messung die politischen Ziele einer Regelung nicht infrage stellt. Es geht also nicht um die inhaltlich durch das Gesetz ausformulierten Interessen, sondern allein um die Effizienz der Erfüllung von Informationspflichten. Aus diesem der Bürokratiekostenmessung zugeschriebenen Vorteil kann man lernen, dass jede Folgenabschätzung sich auf das beschränken muss, was ihre Aufgabe ist, nämlich die Folgen von Programmen, in diesem Fall Regelungsprogrammen, zu ermitteln. Das Programm selbst sollte sie nicht thematisieren, sondern sich auf die Aufzeigung des optimalen Realisierungswegs beschränken. Dies lässt sich als Erfolgsfaktor des Standard-Kosten-Modells festhalten.

Dies zieht der GFA, zu der immer auch die Erarbeitung von Optimierungshinweisen für eine bessere Regulierung gehört, die Beachtung einer Grenze. Vorgeschlagene Verbesserungen müssen sich innerhalb des Regelungsziels bewegen und dürfen dieses nicht in Frage stellen. Die GFA muss nach Wegen suchen, nicht nach Zielen. Es ist deshalb auch nicht Aufgabe der GFA, z. B. eine praktische Konkordanz herzustellen, indem eine Optimierung vorgeschlagen wird, die zur Vermeidung bestimmter Nebenfolgen Abstriche an der Verwirklichung des Regelungsziels macht. Derartige Folgerungen zu ziehen, ist allein Aufgabe der Politik.

19 *Böhret/Konzendorf*, Handbuch, 317-328; OECD, Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA), Paris: OECD, 2008, 36; PROGNOSES, Der monetäre Teil der Gesetzesfolgenabschätzung, internationale Ansätze im Vergleich, Basel: PROGNOSES, 2008, 72.

20 Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrats, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/1406 p. 5 (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/014/1601406.pdf>). Zu den Grenzen „des entpolitisierten Ansatzes“ siehe *Michael Schorn*, Bürokratiekostenabbau: Die Illusion des Unpolitischen, in: Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung, hrsg. v. Stephan Hensel/Kilian Bizer u.a., Baden Baden: Nomos, 2010, 99-109.

- Nur scheinbar damit im Widerspruch steht eine weitere Erfolgsbedingung, nämlich die Eignung zur Erreichung politischer Zielvorgaben. Dies bedeutet keine inhaltliche Einflussnahme auf die Durchführung von GFAs und deren Bewertung, sondern die Nutzung dieser Instrumente zu einer Verbesserung der Qualität von Regulierungen, die den Wählern als politischer Erfolg sichtbar gemacht werden kann. Ein Beispiel ist das von der Bundesregierung 2007 formulierte Ziel, die gesamten Bürokratiekosten bis Ende 2011 um 25 % abzubauen, das nicht ganz erreicht wurde. Eine solche Zahl ist politisch einfach zu kommunizieren. Für eine umfassende GFA ist dies wesentlich schwieriger, weil sie primär *qualitativ* ausgerichtet und deshalb einer quantitativ ansetzenden politische Steuerung von vornherein weniger zugänglich als die Bürokratiekostenmessung. Allerdings lassen sich durchaus Indikatoren bilden und Minimierungsziele konzipieren, die sich politisch kommunizieren lassen.
- Ein weiterer Vorteil der Bürokratiekostenmessung ist ihre Standardisierung im Standardkostenmodell. Eine solche Standardisierung fällt der GFA mit ihrem umfassenden Ansatz und großen Instrumentenkoffer naturgemäß schwer, ist aber notwendig zur Generierung positiver Skaleneffekte.²¹ Ein wesentlicher Schritt ist eine Abschichtung: Eine vollständige GFA eines gesamten Gesetzentwurfs ist zuweilen, aber nicht immer notwendig. Nicht selten sind es zentrale Fragen, die im Mittelpunkt des Interesses stehen, und dann sollte eine GFA nicht etwas abschätzen, was niemanden interessiert.²² Zweitens: Die GFA muss akzeptieren, dass bestimmte ihrer Bestandteile ausgegliedert wurden und ein Eigenleben in Gestalt der genannten Einzelprüfungen führen. Hiermit braucht sich die GFA nicht mehr zusätzlich zu beschäftigen.

Diese Überlegungen lassen sich in einem Verständnis der GFA als Angebot zusammenfassen, aus dem *à la carte* die jeweils benötigten, möglichst weitgehend standardisierten Module abgerufen werden können. So ließen sich etwa folgende Module benennen, die im Einzelfall noch ergänzt werden können:

- Die Erreichbarkeit des Regelungsziels und die Vollzugsfähigkeit;

21 Vgl. *Martin Führ/Kilian Bizer/Stephan Hensel*, Entwicklungsperspektiven der Gesetzesfolgenabschätzung auf Bundesebene, in: *Gesetzesfolgenabschätzung in der Anwendung*, hrsg. v. Stephan Hensel/Kilian Bizer u.a., Baden Baden: Nomos, 2010, 330.

22 Zur Notwendigkeit einer Priorisierung vgl. *Götz Konzendorf*, Die Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) als Instrument zur Vermeidung und Verminderung von Rechtsvorschriften?, in: *Bürokratieabbau zwischen Verwaltungsreform und Reformsymbolik*, hrsg. v. Eberhard Bohne, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, 120.

- der Eintritt außerhalb des Regelungsziels liegender Nebenwirkungen im „Nahbereich“, d. h. im Regelungsfeld selbst, z. B. in Form der Beeinflussung der Anwendung anderer Regelungen, des Eintritts von Belastungen für bestimmte Personengruppen;
- die eventuell entstehenden Implementationsprobleme und die voraussichtlichen Implementationskosten für die Verwaltung.

Das Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation hat z. B. im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz einen Leitfaden für das Parlament erstellt, in dem am Beispiel der möglichen Folgen von Gesetzen für den Datenschutz der Bürger bestimmte mögliche Regulierungsfolgen typisiert werden.²³ Dadurch können die Beamten und die Abgeordneten erkennen, in welcher Weise Eingriffe in das Datenschutzrecht entstehen und erkennen, wann Eingriffe so schwerwiegend sein können, dass eine GFA durchgeführt werden sollte.

5. Perspektiven

GFA hat eine lange Tradition in Deutschland. Wissenschaftlich-methodisch sind die Instrumente der GFA gründlich durchdacht und für die Praxis aufbereitet worden. Zumindest auf der Ebene der Bundesgesetzgebung, aber auch in einigen Ländern ist die Durchführung einer ex ante-GFA zumindest für von der Regierung vorgelegte Gesetzentwürfe durch Rechtsvorschriften vorgeschrieben. Fast alle politisch relevanten Gesetze enthalten mittlerweile Evaluationsklauseln, die die Regierung oder das Parlament dazu verpflichten, einige Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes eine ex post-GFA durchzuführen. In neuerer Zeit wird sogar immer häufiger vorgeschrieben, dass die GFA durch eine unabhängige wissenschaftliche Stelle durchgeführt werden muss, um Gefälligkeitsbewertungen durch finanziell abhängige Beratungsunternehmen zu verhindern.

Realistischerweise darf man aber den Einfluss von GFA auf die Regulierungspraxis in Deutschland nicht überschätzen. Fast alle wesentlichen Bestandteile einer GFA werden von dem Beamten, der den Regierungsentwurf erarbeitet, selbst durchgeführt. Ganz überwiegend fehlt diesen Beamten die Ausbildung und das methodische Können, um eine belastbaren Standards genügende GFA durchführen zu können. Außerdem fehlt ihnen natürlich die notwendige Distanz zur eigenen Arbeit, um eine GFA objektiv durchführen

23 Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Axel Piesker, Die Planung und Durchführung von Gesetzesbewertungen. Ein Leitfaden unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrelevanter Eingriffe, Baden-Baden: Nomos, 2013.

zu können. Und schließlich gibt es wenig Anreize für die Ministerialverwaltung, die einen Gesetzentwurf erstellt hat, die durch eine GFA gewonnenen Erkenntnisse transparent zu machen. Denn eine solche Transparenz würde den Wissensvorsprung der Entwurfsverfasser gefährden und die Durchsetzungsfähigkeit des Gesetzentwurfs gegenüber konkurrierenden Akteuren in der Regierung oder in der Opposition schwächen.²⁴

Anders ist das dort, wo wie bei den Abschätzungen der Nachhaltigkeitsfolgen oder der Erfüllungskosten zusätzliche unabhängige Prüforgane institutionalisiert wurden, die die Einhaltung der methodischen Standards überwachen. Hier sind die GFAs mit politischen Zielvorgaben verbunden, die zu einem messbaren Wandel der Regulierungskultur geführt haben.

Größer ist der Einfluss einer GFA auch in den – allerdings nicht sehr häufigen – Fällen, in denen es sich um politisch besonders intensiv diskutierte Regulierungen handelt und eine unabhängige Institution mit der Durchführung der GFA beauftragt wird. Natürlich wird auch hier nicht immer den Vorschlägen aus der GFA gefolgt. Dies kann auch gar nicht anders sein, weil die inhaltliche Verantwortung für die Ausgestaltung einer Regulierung nun einmal bei den verfassungsrechtlich zuständigen Gesetzgebungsorganen liegt. Doch wird die GFA in diesen Fällen gründlich ausgewertet und im Parlament diskutiert, so dass es zumindest das Selbstverständnis der Abgeordneten von ihrer regulierenden Tätigkeit beeinflusst.

24 *Sylvia Veit*, *Bessere Gesetze durch Folgenabschätzung?*, Wiesbaden: VS Verlag, 2010, 318-319. Andere Sichtweise bei *Tobias Bräunlein*, *Integration der Gesetzesfolgenabschätzung ins Politisch-Administrative System der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, 2004, S. 31-33.

La legislación sobre la crisis y el impacto de su calidad en los derechos fundamentales

Prof. Dr. *Marc Carrillo*

1. Introducción

El objeto de la técnica legislativa es legislar de forma clara y eficaz. En este sentido, la buena legislación no es sólo la correcta redacción de las leyes, sino que lo que persigue fundamentalmente es la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, así como la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas.

La crisis económica y financiera mundial que afecta en Europa con especial intensidad a los estados de la zona euro, ha provocado toda una serie de reacciones institucionales que han tenido relevancia constitucional y legal. Desde un punto de vista formal las decisiones tomadas especialmente por el Gobierno, ha producido importantes efectos negativos en la técnica legislativa empleada, especialmente en el uso incorrecto y abusivo del decreto-ley. Y desde un punto de vista material, la técnica deficiente también ha incidido sobre la regulación de los derechos del ámbito social.

Las reformas constitucionales llevadas a cabo en Alemania, España o Italia, con el fin de incorporar a la norma suprema el principio de estabilidad en las finanzas públicas, la conocida como la *regla de oro* en materia presupuestaria, ha puesto de manifiesto el alcance que la crisis está teniendo sobre las bases del Estado de Derecho. Los efectos están siendo muy contraproducentes, en especial sobre la división de poderes y también ha sido muy importante el impacto jurídico que las medidas legales adoptadas han supuesto para la garantía de los derechos relacionados con la sostenibilidad del Estado social: Todo ello, con el único objetivo de concretar el principio de estabilidad.

El objeto de esta ponencia es analizar, sin ninguna pretensión exhaustiva, este impacto jurídico sobre algunos de los derechos del ámbito social que forman parte del llamado Estado del bienestar. Con esta finalidad, en primer lugar se analizarán algunos aspectos que la respuesta jurídica a la crisis económica ha producido; nos referimos en este caso al procedimiento parlamentario de la reforma del artículo 135 de la Constitución española (CE). En segundo lugar, se analizarán las consecuencias, que el uso de la mala técnica legislativa en el empleo de la institución jurídica del decreto-ley, comporta para la adecuada relación entre los poderes del Estado. Y, finalmente, se tratarán algunos aspectos de la técnica empleada para la reforma laboral prevista en el Real Decreto Ley

3/2012, de 3 de abril, específicamente referidos al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE).

2. La respuesta jurídica a la crisis: la reforma constitucional a través de un procedimiento legislativo sumario y los problemas de técnica legislativa

A) Los problemas de técnica legislativa en la reforma constitucional del art. 135 CE.

La crisis ha afectado de manera implacable a la estabilidad de las finanzas públicas y la primera respuesta de envergadura ha sido la de incorporar el principio de estabilidad a la norma suprema. No obstante, esta regla más conocida como la *regla de oro*, ya estaba prevista en el Derecho europeo. Pero fue Alemania en 2009 quien, en primer lugar, y tras un prolongado periodo de reflexión, tomó la decisión de reformar la Constitución de 1949, a la cual han seguido España (2011) que lo hizo de forma urgente y últimamente Italia (2012). Otros estados lo han hecho mediante normas de rango inferior (Francia). Y ha sido a partir, sobre todo, de la aplicación del principio de estabilidad a las finanzas públicas que se ha generado toda una legislación que ha incidido y afectado el objeto y el alcance de determinados derechos del orden social y económico.

El preámbulo de la reforma del artículo 135 la CE, de 27 de septiembre de 2011, incluye explícitamente como referente europeo de la reforma el Plan de Estabilidad y Crecimiento de la UE de 1997 y reformado el 2011 (PEC) y justifica la revisión constitucional por «*la actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis*» con la finalidad de «[...] *fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo*», así como también «[...] reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país».

La reforma del artículo 135 ha introducido un importante y decisivo cambio en los aspectos formales y materiales sobre la regulación de las finanzas públicas. La revisión constitucional fue llevada a cabo de forma muy rápida y sin un periodo previo de reflexión, a través del procedimiento parlamentario de urgencia en lectura única, por acuerdo entre el gobierno del Presidente Rodríguez Zapatero (PSOE) y el Partido Popular (PP) entonces en la oposición.

Su contenido esencial consistió en el establecimiento de:

- *El principio de estabilidad presupuestaria*, por el cual todas las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) tienen que adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
- *El derecho europeo como parámetro de constitucionalidad*: El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea. Los límites al déficit estructural serán aplicables a partir de 2020 (Disposición Adicional única. 3). En este apartado se plantea un primer problema generado por la deficiente técnica empleada. Se trata de la apertura constitucional al Derecho europeo que, al parecer, se incorpora como parámetro de constitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que no es juez de la adecuación de las normas nacionales al Derecho europeo (Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1991, fundamento jurídico 4 y 64/1991, fundamento jurídico 4). ¿Qué hacer en este caso?; ¿cómo interpretar esta apertura al Derecho de la Unión?. Probablemente, hubiese sido necesario reformar antes la Constitución para incorporar la cláusula europea. En todo caso, la reforma de 2011 adolece de claridad en lenguaje y puede generar una notoria confusión en la aplicación del Derecho de la Unión y la Constitución española.
- *La delegación al Parlamento para fijar los límites del déficit*. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con el producto nacional bruto. Las Entidades Locales tendrán que presentar equilibrio presupuestario. Esta ley tenía que ser aprobada antes del 30 de junio de 2012 (Disposición adicional única, párrafo 1). De acuerdo con este mandato constitucional, la ley se aprobó antes de la fecha límite: se trata de *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, aprobada ya bajo el mandato del gobierno del presidente RAJOY (PP), surgido de las elecciones legislativas del 20 de noviembre de 2011.
- *Reserva de ley, para la emisión de deuda pública de forma condicionada*. El Estado y las Comunidades Autónomas tendrán que ser autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Las condiciones son las siguientes:
 - Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos como gastos de sus presupuestos y su pago será de prioridad absoluta. Este criterio de la prioridad plantea un problema de orden constitucional en relación a la distribución equitativa de la renta (art. 40.1), puesto que parece marginar otras obligaciones legalmente contraídas por el Estado con

los particulares. La contundencia de la formulación normativa, no excluye los problemas derivados de la ausencia de la suficiente claridad

- Los créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.
- La deuda pública de todas las Administraciones públicas no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- *La excepción a los límites sobre déficit y deuda.* Estos límites sólo podrán superarse en las circunstancias siguientes: catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. Estas circunstancias habrán de ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. En este caso, la influencia de la reforma constitucional alemana es evidente. Pero también lo son los peligros de interpretación basada en criterios políticos de este precepto. Es evidente que se trata de una formulación jurídica muy abierta que genera inseguridad o, como mínimo una notable imprecisión para cumplir con los objetivos de la regla constitucional de estabilidad presupuestaria.
- *El contenido de la ley orgánica.* La ley tendrá que regular:
 - La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las diferentes Administraciones públicas, las circunstancias excepcionales de superación del déficit y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que puedan producirse.
 - La metodología y el cálculo del déficit estructural.
 - La responsabilidad de cada Administración en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.
- *El principio de estabilidad presupuestaria obliga a las Comunidades Autónomas (CCAA).* En efecto, estas entidades políticas infraestatales, de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, tienen que adaptar sus disposiciones a lo que establece el artículo. 135. CE. Así por ejemplo, Cataluña ya dispone de una legislación propia sobre estabilidad presupuestaria (la Ley 6/2012, de 17 de mayo). También, la ley de Aragón (Ley 5/2012, de 7 de junio), entre otras Comunidades Autónomas.

B) *El procedimiento de la revisión constitucional y el contenido del art.135 CE¹.*

a) La primera observación que es preciso realizar sobre el procedimiento de la reforma es la celeridad con qué fue realizada, después del acuerdo establecido *in extremis* entre los dos partidos políticos principales del ámbito estatal, PSOE y PP, sin el concurso inicial de los partidos minoritarios ni de los partidos nacionalistas periféricos (PNV en el País Vasco y CIU en Cataluña) durante el mes de agosto de 2011. Esta circunstancia, contrasta con el amplio consenso que suscitó la aprobación de la Constitución en 1978 y es un mal precedente en la vida política española. La reforma constitucional se llevó a cabo por el procedimiento de urgencia y de lectura única. No ha habido debate en el Parlamento ni tampoco entre los actores sociales y económicos. Tampoco se ha producido un debate jurídico previo, por la rapidez inusitada de la decisión política. Circunstancia que también contrasta con los dos años que exigió en Alemania la reforma de la *Grundgesetz* en el 2009.

La justificación de la sumaria revisión constitucional se intenta argumentar en el preámbulo de la reforma, en el cual, después de hacer mención el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la UE destinado a prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, se añade que la reforma tiene por objeto «[...] reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país». Probablemente los autores políticos de la reforma tuvieron que tener sólidas razones para llevarla a cabo de forma tan sumaria, y seguramente también, con esta decisión se pretendió dar una rápida respuesta rápida a la petición formulada a todos los Estados miembros del Eurogrupo, después del comunicado que hicieron la Canciller de la República Federal de Alemania y el Presidente de la República Francesa, además de probablemente también el Banco Central Europeo.

b) Pues bien, el procedimiento parlamentario utilizado para aprobar esta reforma ha sido el procedimiento especial de urgencia y en lectura única. El art. 150.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) establece

1 Las consideraciones hechas en este apartado tienen su origen en mi ponencia (*Rapport sur l' Espagne*) defendida en la XXVIII Table Ronde Internacional sobre *Le juge constitutionnel et l'équilibre des finances publiques*, organizada por el Instituto Louis Favoreu y el Group d'Études et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle, que se realizó en la Universidad d'Aix-en-Provence, el 14 y 15 de septiembre de 2012. (Vid. M. CARILLO «Espagne: La Cour Constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques». *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. XXVIII. Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2013, pp. 195-212).

que: «*Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única*». Si el acuerdo es adoptado, el debate se realizará de la misma forma que para los debates de totalidad (art. 150.2 RCD). Eso significa que la deliberación parlamentaria se lleva a cabo sobre el conjunto global del texto y no sobre cada artículo específico. Y «*si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado se remitirá en el Senado. [...]*». El procedimiento de lectura única en el Senado es similar (art. 129 Reglamento del Senado).

Parece del todo evidente que la naturaleza de la reforma de la Constitución de la importancia y relevancia que presenta la nueva redacción dada al contenido del artículo 135 CE, impedía que el debate y la aprobación del proyecto presentado para el Gobierno se desarrollaran a través de un procedimiento tan sumario como el de lectura única. Desde un punto de vista estrictamente técnico la reforma del art. 135 CE no tenía nada de simple.

Sin embargo, en el procedimiento de urgencia y en lectura única el debate parlamentario queda reducido a la mínima expresión, mientras que el objeto de la reforma es ni más ni menos que la incorporación en la Constitución de la regla de oro en materia presupuestaria, tanto sobre el déficit como sobre la deuda pública. Asimismo, esta reforma incide de forma directa sobre el contenido de derechos sociales que pueden quedar afectados por la reducción del gasto público y, por lo tanto, sobre los objetivos del Estado social y democrático de Derecho. Por lo tanto, había poderosas razones por las que la naturaleza del proyecto no admitía la aplicación del procedimiento de urgencia en lectura única.

Evidentemente, la elección de este procedimiento que evitó el debate sobre una reforma constitucional de gran alcance político y jurídico no dejó indiferentes en los grupos parlamentarios minoritarios, que presentaron un recurso de amparo contra diversas resoluciones del Congreso de los Diputados de inadmisión de las quejas formuladas contra la elección del procedimiento de urgencia en lectura única para aprobar la reforma. Al tratarse de un acto del poder legislativo, el recurso de amparo se plantea directamente ante el Tribunal Constitucional. El derecho fundamental invocado por los diputados fue el derecho de participación política, y específicamente el derecho al *ius in officium* de los representantes políticos (art. 23 .2 CE). La mayoría del Tribunal Constitucional, a través de un Auto no estimó el recurso. El argumento principal de su decisión, en relación a la opción de acudir al procedimiento de lectura única, interpretó que «*[...] las normas aplicables (art. 150 RCD y concordantes) no establecen materias prohibidas a la citada tramitación [...]*»,

razón por la cual el ordenamiento jurídico no impedía de acudir a este procedimiento.

3. El uso y el abuso del decreto-ley como instrumento normativo habitual para afrontar los efectos de la crisis económica

A) Durante el año 2012, el gobierno del Partido Popular ha hecho un uso reiterado de la legislación de urgencia: 29 decretos leyes para aprobar sin debate parlamentario un amplio conjunto de medidas, mayoritariamente relacionadas con la crisis económica y financiera que se sigue cerniendo sobre los ciudadanos y las empresas. Hasta la fecha de cierre de este artículo (diciembre de 2013), y durante el 2013 se ha registrado 16 decretos-leyes. Entre los temas que fueron objeto de regulación y que afectan directa o indirectamente a derechos del ámbito social, destacan: el saneamiento del sector financiero; la reforma del mercado laboral, qué posteriormente sería regulado por ley; los mecanismos de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales; la protección de los deudores hipotecarios sin recursos; la creación del Fondo para la financiación de los pagos a los proveedores; la introducción de medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público; la modificación de normas financieras en relación con las facultades de las Autoridades Europeas de Supervisión; la racionalización del gasto público en el ámbito educativo; el saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero; la reestructuración y disolución de entidades de crédito, que posteriormente sería aprobado como ley, etc.

Es preciso subrayar que a legislación de urgencia también ha sido utilizada muy a menudo por los gobiernos de diversas Comunidades Autónomas, como por ejemplo: Cataluña, Islas Baleares, Comunidad Valenciana, Andalucía, etc.

B) Esta desbocada dinámica de afrontar las medidas jurídicas contra la crisis no ha tenido en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el decreto ley. Aunque como regla general el Tribunal haya sido bastante flexible en relación al control jurídico que corresponde hacer en cada caso sobre el presupuesto de hecho habilitante del artículo 86.1 CE ("en caso de extraordinaria y urgente necesidad"), no significa que la permisividad jurisprudencial atribuida al Gobierno sobre el juicio de oportunidad, legitime el alud indiscriminado de decretos ley registrados.

Respecto del fondo de la cuestión que es objeto de este trabajo, es decir, la afectación normativa sobre los derechos del ámbito social, no es lo mismo que esta incidencia se produzca como consecuencia de un debate parlamentario sobre un proyecto o proposición de ley, susceptibles de ser enmendados

en el marco de las diversas opciones políticas que se expresan en el Parlamento, que lo sea por una decisión que -de hecho- es unilateral del Gobierno.

Porque, en efecto, en la tramitación parlamentaria del decreto ley, la posición del Parlamento -y concretamente, del Congreso de los Diputados- respecto del Gobierno es lo bastante forzada, probablemente más próxima -en términos comparativos- a un contrato administrativo de adhesión que no a otra relación más simétrica entre las partes. En todo caso, lo que resulta evidente es que el debate de totalidad previo a la convalidación del decreto ley, no permite una deliberación detallada ni menos todavía plural, sobre los diversos aspectos que se contienen en el articulado de la disposición. Es el Gobierno el que impulsa en el Parlamento a aceptar o rechazar *ad limine* el contenido íntegro del decreto ley. Y si, como es el caso de la actual Legislatura en las Cortes Generales, además el Gobierno dispone de una holgada mayoría parlamentaria el debate, de hecho, es más formal que otra cosa. Los grupos parlamentarios de oposición expresan su posición en términos forzosamente muy generales y el Ministro competente sobre la materia, habitualmente, se limita a reproducir los argumentos contenidos en la Exposición de motivos del decreto ley.

C) Al margen del uso abusivo del decreto-ley por parte de los diversos gobiernos, el problema constitucional del decreto-ley en la Constitución española reside en la desafortunada redacción técnica del artículo 86.1 CE. Especialmente, la cuestión controvertida reside en el significado que debía atribuirse a la expresión constitucional “[...] no podrán afectar a [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I [...]”.

A fin de superar los problemas técnicos, derivados de la confusa redacción del artículo 86.1 CE, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante basado en la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, fue fijada inicialmente en la STC 29/1982 de 31 de mayo - reiterada posteriormente- en la que afirmó que el grueso de su apreciación, con un razonable margen de discrecionalidad corresponde al Gobierno, que es quien ejerce la función de dirección política. Este criterio general se ha aplicado en materias sociales y económicas. Ahora bien, a pesar de este criterio general que atribuye una deferencia al Gobierno, el propio Tribunal matizó que el presupuesto habilitante no es una cláusula abierta que atribuya al Gobierno un margen de apreciación omnímodo y sin restricciones.

La regla de deferencia respecto de la naturaleza política de la decisión del Gobierno pareció encontrar un cambio sustantivo o, incluso, un cierto punto de inflexión en la STC 68/2007, de 28 de marzo, por la que declaró la inconstitucionalidad del *Real decreto ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma de la protección del paro y mejora de la empleabilidad*,

al considerar que el Gobierno no aportaba ninguna justificación que pudiera permitir apreciar la concurrencia de presupuesto de hecho habilitante, *ex* artículo 86.1 CE. En principio esta sentencia supuso un cambio de criterio en el sentido de exigir al Gobierno, a través de la Memoria que tiene que acompañar la elaboración del proyecto de disposición, en la exposición de motivos que justifica la decisión y en el debate parlamentario de convalidación, un mayor esfuerzo argumental para justificar su habilitación para actuar de forma extraordinaria y urgente respecto de una situación concreta. Sin embargo, no parece que este canon más restrictivo haya convencido al Ejecutivo de cambiar la concepción tan amplia del presupuesto de hecho habilitante del decreto ley, como la que se ha seguido aplicando, con independencia del color político de los Gobiernos y de las mayorías parlamentarias que les han dado apoyo.

En relación con los problemas de técnica legislativa apreciados en el art. 86 CE que regula la institución jurídica del decreto-ley, la jurisprudencia constitucional, en su sentencia de referencia (*leading case*), la STC 111/1983, de 2 de diciembre, intentó corregir los problemas de técnica normativa a través de la siguiente interpretación: «[...] *la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE ("no podrán afectar...") debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución, "del que es posible hacer uso para dar respuesta en las perspectivas cambiantes de la vida actual" (fundamento jurídico 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I [...].*» (FJ 8)

De acuerdo con este referente fijado por la doctrina jurisprudencial, el Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Catalunya, como órgano de consultivo de esta Comunidad Autónoma, debe garantizar la adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía, de los proyectos legislativos, interpretó que «[...] *el "régimen general" de un derecho, de un deber o de una libertad es equiparable al establecimiento de su régimen jurídico, es decir, a la ordenación de las reglas relativas a la titularidad, al objeto, a la forma o al procedimiento que definen el derecho, además de las referidas a los límites y a las garantías por su ejercicio, todos ellos elementos esenciales del derecho.*» [Dictamen 5/2012, de 3 de abril, (FJ 2)].

4. La complicada redacción del régimen jurídico del derecho a la negociación colectiva.

Con motivo de la reforma laboral aprobada por el Gobierno el año pasado mediante el Decreto-Ley 3/2012, un precepto del RDL 3/2012 que suscitó especial controversia fue el apartado 1 del artículo 14, que dio una nueva redacción al apartado 3 del artículo 82 de la Ley que regula el Estatuto de los Trabajadores, relativo al procedimiento regulador de los convenios colectivos.

Se trata de un precepto que presenta una extensa redacción, en la que se establecen diversas fases de la negociación laboral en las que se puede producir un acuerdo entre empresarios y trabajadores, sobre las condiciones de trabajo. En realidad, las tres primeras fases tienen el mismo significado, razón por la cual el texto normativo carece de la necesaria sencillez y claridad que evite problemas de interpretación. Esta es una primera causa de los problemas que plantea este precepto. Concretamente, el último párrafo establece lo siguiente:

"Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hayan sometido a los procedimientos mencionados [se refiere a las fases previas cuando se ha producido un acuerdo entre las partes o mediación a través de los sistemas autónomos de resolución de conflictos] o éstos no hayan solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes puede someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos [...]".

La segunda causa fue la siguiente: uno de los reproches de inconstitucionalidad planteados sobre este precepto se fundamentó en la vulneración del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), en razón al establecimiento de un arbitraje forzoso, y por el mismo motivo también, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Consejo de Garantías Estatutarias también se pronunció sobre esta cuestión en el mencionado Dictamen 5/2012 (FJ 5). En síntesis, el fundamento de su opinión fue el siguiente:

- El tipo de intervención de naturaleza casi arbitral que el precepto cuestionado atribuye a la mencionada Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) no es ajena al derecho laboral: los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales ofrecen una dimensión constitucional, conectada con los derechos a la negociación colectiva (art. 37.1 CE); la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esta dimensión constitucional resulta de la capacidad del laudo arbitral para desplazar la sentencia judicial. Y en este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha dudado al aceptar la plena conformidad del arbitraje con los principios constitucionales (STC 175/1996, FJ 4).

- Ahora bien, cuestión diferente es que el legislador establezca ex lege una intervención administrativa obligatoria para resolver los conflictos sobre determinadas materias. El Tribunal Constitucional ha rechazado la constitucionalidad de la modalidad del arbitraje público obligatorio como procedimiento para resolver los conflictos sobre modificación de las condiciones de trabajo (STC 11/1981, FJ 24).
- La cuestión controvertida que se plantea sobre el apartado 1 del artículo 14, reside en que la decisión de acceder al arbitraje de la CCNCC corresponde "a cualquiera de las partes", lo cual supone introducir una regla de unilateralidad para solicitar la intervención de la mencionada Comisión. En este sentido, la nueva regulación comporta un cambio profundo del régimen jurídico de la negociación colectiva, ya que supone el establecimiento de una regla de inaplicación general del convenio colectivo acordado anteriormente. Una inaplicación a la cual se llega por la única voluntad manifestada por una de las partes: la consecuencia de esto es que rompe con el mandato constitucional que garantiza la fuerza vinculante de los convenios colectivos que obliga al legislador (art. 37.1 CE). Como ha puesto de relieve la doctrina laboralista, la nueva regla ignora el *pacta sunt servanda* colectivo que se fundamenta en el libre consentimiento de las partes y que sus destinatarios no pueden alterar, si no acuerdan lo contrario.
- Asimismo, la nueva regulación no garantiza el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), porque rompe la libertad de negociación con el establecimiento de la regla de la unilateralidad en la fase reguladora de acceso a la intervención de la CCNCC y vulnera la fuerza vinculante del convenio colectivo.
- En conclusión, en la medida en que por voluntad de una sola de las partes se puede llegar a imponer a la otra una resolución de la Administración (CCNCC), que estime la procedencia de la modificación de las condiciones de trabajo, se está admitiendo que se pueda modificar el convenio colectivo por vía administrativa, razón por la cual se vulnera el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE).
- Finalmente, es preciso subrayar que sobre el mismo tema la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que ha derogado el Decreto-ley 3/2012, relativo al procedimiento regulador de los convenios colectivos, ha persistido en los mismos defectos de orden técnico y además no ha introducido ninguna modificación que evitara la inconstitucionalidad expresada anteriormente por el Consejo de Garantías Estatutarias en el Dictamen 5/2012 (FJ 5).

5. Bibliografía

- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2013). “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”. *REDC* nº 98, Madrid, pp. 63-89.
- ARNOLD, R. (2013). «La Cour Constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques; Allemagne». *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. XXVIII. Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 111-125.
- ARROYO GIL, A. (2010) «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länders en la república Federal de Alemania». *REAF*, nº10, Barcelona, pp. 11-39.
- BASSOLS COMA, M. (2012). «La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº2 155, Madrid, pp. 21-41.
- CARRILLO, M., (2013). «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social». *Revista Catalana de dret Públic*, nº 46, Barcelona, pp. 47-72.
- CARRILLO, M. (2013). «La Cour Constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques: Espagne». *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. XXVIII. Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille. 2013, pp. 195-212.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2012). «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012». *Reforma Laboral 2012*. Lex Nova. Valladolid.
- EMBED IRUJO, A. (2012). *La constitucionalización de la crisis económica*. Iustel. Madrid.
- FERNANDEZ-WULF BARREIRO, P. (2012). *Límites constitucionales al gasto público: Suecia, Reino Unido, Suiza, Chile y Alemania*. Fedea, (pp. 1-34).
- FERRERES COMELLA, V. (2012). “La crisis del euro y la regla de problemas constitucionales”. *Uría Menéndez Boletín*. Barcelona.
- GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P (2011). *Manual de Técnica legislativa*. Thomson Reuters. Navarra.

- GARCÍA ROCA, J. (2013). «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento». *Crónica Presupuestaria* nº1/2013, Madrid, pp. 40-93.
- MEDINA GUERRERO, M. (2012). «La reforma del artículo 135 CE». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 29, Madrid, pp. 131-164.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (2011). «Alemania en la Unión Europea a la luz de la sentencia de Lisboa del TCFA ». En: LÓPEZ CASTILLO, A. y MENÉNDEZ, A.J., *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Foro nº23, CEPC. Madrid, pp. 19-58.
- RUBIO LLORENTE, F. (2011). “Constituciones, naciones e Integración Europea”. *Claves de la Razón Práctica*, nº 217, Madrid, pp. 4-8.
- RUIZ ALMENDRAL, V. (2009). «La reforma constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria». *Cuadernos de Derecho Público* nº38, Sep/Dic. Madrid, pp. 89-159.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1988). *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Tecnos. Madrid.

La buena legislación en los contratos del Sector Público: Una necesidad inaplazable¹

Prof. Dra. *Belén Noguera de la Muela*

En materia de contratación pública, venimos sufriendo en nuestro país la promulgación de un sinnúmero de normas que, en modo alguno, han generado la estabilidad y seguridad jurídica que sería deseable, cuando aquélla se erige de una parte en una herramienta esencial para relanzar el crecimiento, sobre todo, en una coyuntura de crisis económica², y de otra, además, en un instrumento para la implementación de las políticas públicas³ en materia medioambiental, social, de innovación y de promoción de las PYMES.

Así, si echamos la vista atrás, desde la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, hasta el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, y también con posterioridad a él, son muchas las reformas que han tenido lugar para dar cumplimiento a las exigencias comunitarias de la contratación pública, contenidas en diversas Directivas sobre contratación pública.

Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso la Directiva 2004/18, tenía como objetivos, de un lado, establecer una nueva regulación en los procedimientos de adjudicación, así como en la ejecución y control que fuera compatible con el Derecho comunitario; de

-
- 1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad titulado “Defensa de la competencia y crisis económica y financiera. Problemas y desafíos” (DER 2012-39127-C02-01), investigador principal: Prof. Tomás-Ramón Fernández.
 - 2 Nota de prensa de la Comisión, de 22 de marzo de 2012, donde se propone mejorar las oportunidades de las empresas de la UE en los mercados de contratación pública. Esta iniciativa mejorará el potencial operativo de las PYMES en una economía mundializada, aumentará el empleo y fomentará la innovación de la UE.
 - 3 GIMENO FELIU, J.M. (2013), “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA nº 159, pp. 42-47; Idem (2015), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor; MEDINA ARNAIZ, T. (2011), “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, pp. 13-94.

otro, facilitar la gestión administrativa⁴, pero resultó claramente insuficiente. La práctica demostró que tales propósitos no se han alcanzado, y el aluvión

-
- 4 GIMENO FELIU, J.M. (2010), *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 15 a 32. Sobre la filosofía y justificación del TRLCSP me remito al trabajo de PÉREZ CRESPO, B. (2008), “Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. En: J.A.MORENO MOLINA (Dir.), *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada; CARLON RUIZ, M. (2004), “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”. En: R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, pp. 1801-1823; MONTORO CHINER, M. J. (2010); „Europaïsche Integration und Rechtsetzung: Retrospektive Evaluierung der Umsetzung von Europarecht in Spanien“. En: MADER, L. / SCHÄFFER, H. (eds.), *Text and Context. The Development of Legal Techniques and Legal Culture in the New Context of Europe*. Nomos, Baden-Baden; IDEM (2011), „Öffentliches Recht und Privatrecht in der Organisation und Tätigkeit der Verwaltung Spaniens“. En: SCHWEIZER, R. J. / JEANRENAUD, C. / KUX, S. / SITTLER-LIVE, B. (Hrsg.), *Verwaltung im 21. Jahrhundert. Herausforderungen. Probleme, Lösungswege*. 20. Kolloquium der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften; IDEM (2001), *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona; RAZQUÍN LIZARRAGA, J.A, (2008). “Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”. En: Repertorio de Jurisprudencia nº 4, Aranzadi, Pamplona; MORENO MOLINA, J.A, (2011). “Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa. En *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 105-124.

A este respecto GIMENO FELIU, J.M. (2012), “La necesidad de un Código de contratos públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía.”, En *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, p. 42. señala: “Una primera crítica formal es que este texto legal no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y éstos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierte al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen nº 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando “una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección”. Asimismo, destacó los riesgos importantes que planteaba la nueva estructura de la Ley, las contradicciones y confusión de regímenes jurídicos entre contratos administrativos y contratos privados, así como el complejo ámbito subjetivo establecido por el artículo 3”.

sucesivo de reformas legales devino inevitable: hasta un total de diez en no poco más de tres años y medio⁵. No siendo todas ellas objeto de nuestra atención en este trabajo, por cuanto excedería de los límites del mismo, pero poniéndose de relieve, en cualquier caso, cómo esta norma ha sido la más inestable de cuantas han existido en el ámbito de la contratación pública.

Ciertamente, la que tenía que ser la gran “innovadora” –la Ley 30/2007– ha sido una norma que no cumplía con las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia⁶. Su “completa revisión” se proponía por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 514, de 25 de mayo de 2006, para “hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección”, pero ello no tuvo lugar.

Es más, aquella estructura de la Ley 30/2007 se contiene ahora en el Texto refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSLP), aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ordena e integra en un único texto la LCSP y sus modificaciones, además de las normas sobre

También MORENO MOLINA, J.A. (2008), “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”. En: GIMENO FELIU, J.M., (ed.), *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, monografía de la *Revista Aragonesa de Administración pública*, pp. 49 a 86.

5 De forma breve, cabe citar: el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de mayo de 2011; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

6 “Su estructura es incorrecta, no sigue las instrucciones de redacción de los artículos y son demasiado extensos. Hay más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica” (GIMENO FELIU, J.M. (2012, *supra* nota 4) .

captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos recogidas en el TRLCAP de 16 de junio de 2000, y en la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 (Ley 2/2011, de 4 de marzo), y que ha sufrido también una intensa operación de ajustes⁷, como tendremos ocasión de comprobar, que se contienen entre otras en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a las entidades locales con problemas financieros; la Ley 10/2013, de 24 de julio, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal; la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; Orden HAP/2425/ 2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2014; Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, de reformas en materia de infraestructuras y transporte y otras medidas económicas y Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores.

Pues bien, a continuación vamos a abordar algunas de las cuestiones que han sido objeto de regulación por la normativa de contratos y reformas correspondientes de tal manera, que ha provocado una cierta distorsión en la práctica administrativa de nuestro país. Así, el ámbito subjetivo; el recurso especial en materia de contratos; los contratos de colaboración entre el sector público y el privado; los modificados y la subcontratación. Detengámonos en cada uno de ellos.

7 PÉREZ CRESPO, B. (2008), “Los presupuestos y la estructura (...)” op.cit.; CARBONERO GALLARDO, J.M. (2012), “El colapso de la contratación administrativa”. En: <http://www.obcp.es>, 26/03/2012; MEDINA ARNÁIZ, T. (2013), “La regeneración democrática ¿también a la contratación pública?” En: <http://www.obcp.es>, 09/12/2013; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2013), “Últimas modificaciones en la normativa sobre contratos públicos”. En: <http://www.obcp.es>, 12/12/2013; NAVARRO ATIENZA, M.A. (2013), “¿Leyes que declaren nulas otras leyes? Análisis del art. 45 de la Ley 14/2003, de 27 de diciembre, desde el punto de vista de la nulidad de las leyes”. En: <http://www.obcp.es>, 23/12/2013; CARBONERO GALLARDO, J.M. (2013), “La Ley de emprendedores y la contratación pública: por fin un aligeramiento de los procedimientos de adjudicación”. En: <http://www.obcp.es>, 28/10/2013; BLANCO LÓPEZ, F. (2013), “El sobre A pasa a la Z”. En: <http://www.obcp.es>, 30/09/2013.

I. En primer término, quisiera destacar, con carácter previo, que con anterioridad a la LCSP de 2007, y al TRLCSP de 2011, en la Ley de Contratos de 1995 ya el ámbito subjetivo de aplicación se erigió en uno de los temas claves, por el peculiar modo de transposición de las Directivas comunitarias que llevó a cabo el legislador español, insertando las exigencias comunitarias en el seno del contrato administrativo, de modo que la penetración del Derecho comunitario en este punto es mucho más intensa de lo que requerían las Directivas de contratación. Y, en este sentido, es clara muestra el concepto de “poder adjudicador” manejado por la LCAP de 1995⁸ y posterior normativa de contratos, un concepto funcional, elaborado con los mimbres del Derecho comunitario, que ha hecho que conceptos tradicionales de nuestro Derecho público se interpreten conforme a aquel Derecho, y las pautas interpretativas dadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al respecto, cabe resaltar, por tanto, que como consecuencia de la relevante jurisprudencia comunitaria recaída en esta materia [Sentencias de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, Mannesmann); de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96, ARA); de 17 de diciembre de 1998 (Irish Forestry Board); de 20 de septiembre de 1998 (caso Beentjes); de 1 de febrero de 2001; de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley), como destacan la Sentencia del TJUE, de 15 de mayo de 2003, Comisión/España C-214/00, y la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA)], fruto de la cual se han ido produciendo los cambios legislativos correspondientes en el ámbito de contratación, los subterfugios formales o nominalistas han dejado de ser la excusa para no cumplir las reglas europeas de los contratos: así, las sociedades mercantiles públicas que sean “poder adjudicador” deben someterse a la legislación de contratos. Regla que se plasmó también en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 2000, añadiéndose, también, la aplicación de la doctrina de los actos separables para los contratos celebrados por las citadas sociedades que, por mor de la Disposición adicional sexta, vieron cómo los actos preparatorios de los contratos y el acto de adjudicación podían ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se produjo, por

8 BAÑO LEÓN, J.M. (2000), “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”. En: RAP nº 151, p. 14; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2001), *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Atelier, Barcelona; GIMENO FELIU, J.M. (2008), “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público: luces y sombras”. En: RAP nº 176, pp. 20-38; MONTORO CHINER, M.J. „Europäische Integration (...)“ op. cit.; IDEM (2011), “Öffentliches Recht (...)” op. cit.

tanto, de facto, en aquel momento, una modificación de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 y de la Ley de Procedimiento de las Administraciones públicas de 1992.

Con la LCSP de 2007⁹, y el vigente TRLCSP de 2011, se ha abandonado como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público, distinguiendo entre contratos administrativos, privados y contratos SARA y no SARA en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18, y se incluyen nuevos procedimientos, así como la contratación electrónica. Produciéndose, por tanto, un juego combinado de ámbito subjetivo y objetivo que arroja distintos regímenes jurídicos aplicables que se superponen, provocando una compleja aplicación de la Ley, que sólo produce inseguridad jurídica.

Pero, en todo caso, por lo que se refiere al ámbito subjetivo, entre otras muchas cuestiones, llama la atención cómo se continúa buscando la “huída del Derecho administrativo” (Fleiner), en este caso referido a la contratación, mediante la conformación del concepto de Administración pública a los efectos de cada ámbito. Así, resulta paradójico cómo “a los efectos de la Ley de contratos”, antes para la LCSP de 2007, y ahora para el TRLCSP de 2011, las entidades públicas empresariales y entidades análogas en el ámbito autonómico, no se consideran Administraciones públicas, con el consiguiente efecto de estar sometidas a la normativa de contratos en un nivel de exigibilidad menor¹⁰.

9 PÉREZ CRESPO, B. (2008) “Los presupuestos y la estructura (...)” op. cit.; GIMENO FELIU, J.M. (2008), “El nuevo ámbito subjetivo (...)” op. cit. pp. 38 y ss; ESCRIBANA MORALES, F.J. (2011), TODO contratación sector público. La Ley, pp. 50-61; MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2012), Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), “El desplegament progressiu del dret de contractes públics a Europa i en especial, al nostre ordenament jurídic: alguns aspectes d’interès”. En: *Les Administracions en perspectiva europea*, Estudis de Dret local i EAPC, Barcelona, pp. 92-128.

10 GIMENO FELIU, J.M. (2010), Novedades de la Ley de Contratos (...) op. cit. pp. 49-68; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011), “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del sector público: consecuencias de régimen jurídico. Los encargos in house como supuesto excluido de su aplicación”. En: RJC nº 2, pp. 379-380; BLANQUER CRIADO, D. (2013), Los contratos del sector público, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 56-79; DÍAZ LEMA, J.M. (2008), “Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?” En: REDA nº 141 in totum; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), “El desplegament progressiu (...)” op. cit. pp. 102-109; PLEITE GUADAMILLAS, F. (2010), El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público. Claves para la clasificación de los poderes adjudicadores, La Ley, Madrid.

II. Ya en otro orden de cosas, es de todos sabido que para que el sistema de contratación funcione, es necesario que exista un sistema eficaz de garantías. Y a esta finalidad responden las denominadas Directivas “procesales” (D. 89/665/CEE y 92/13/CEE, reformadas por la Directiva 2007/66/CE) que han sido últimamente transpuestas al ordenamiento jurídico español, a través de las Leyes 30/2007 (LCSP) y 31/2007 (LCSE), a su vez modificadas por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que reformó, también, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Efectivamente, si echamos la vista atrás, recordaremos cómo el legislador de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, cuando transpuso las Directivas sustantivas de contratación pública entonces vigentes (93/36, 93/37, 92/50) no incorporó la Directiva de “recursos” 89/665 aduciendo, como recogía su Exposición de motivos, de una parte, que “la materia de recursos no constituye su objeto, es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones públicas”, lo cual hubiese llevado a reformar la Ley de la Jurisdicción de 1956, en ese punto también, algo que ni el Proyecto Belloch ni la finalmente Ley jurisdiccional de 1998 recogieron; y, de otra parte, “porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta, ya, a su contenido”. Afirmación esta última, admitida por parte de la doctrina, aunque también objeto de críticas desde hace algún tiempo por algunas voces (García de Enterría, Gimeno Feliu, Baño León, Mestre Delgado, Noguera de la Muela, entre otros), y que, efectivamente, ha sido confirmada por la STJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España C-214/00, que condenó a nuestro país por no adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE (arts. 1 y 2)¹¹, y que provocó la regulación contenida en el artículo 60 bis

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La batalla por las medidas cautelares. Derecho administrativo europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, p. 417; con anterioridad denunció también la infracción del Derecho comunitario (2000) en “Observaciones sobre la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”. En: RAP nº 151, pp. 251 y ss; GIMENO FELIU, J.M. (2003), *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*. Civitas, Madrid; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2004), “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”. En: RAAP nº 53, pp. 41 y ss; BAÑO LEÓN, J.M. (1999), “Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa”. En: *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 269. Asimismo,

TRLCAP sobre las medidas provisionales en “vía administrativa”, y la Disposición adicional decimosexta TRLCAP (ambas derogadas) que se ocupaba de aplicar a las sociedades de ente público el régimen de recursos dispuesto para empresas privadas por la Ley 48/1998 sobre procedimientos de contratación en los sectores excluidos, amén de la parca regulación de los artículos 60.1 y 9.3 del TRLCAP, hoy ya derogados.

A mayor abundamiento, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, únicamente señalaba en su artículo 2.b) las competencias de esta jurisdicción sobre “los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos de las Administraciones públicas”, que por mor del artículo 21 de la LCSP, como tendremos ocasión de comprobar, se ha visto modificado.

En todo caso, con la nueva regulación parece unificarse el sistema de recursos, al extenderse éstos a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado que sean poder adjudicador, de manera que se abandona su cauce específico de reclamación y medidas cautelares, que se recogía en la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP, y remitía a la Ley 48/1998 de Contratación en los sectores excluidos.

Así, como veníamos diciendo, la Ley 34/2010 supuso la sustitución del recurso especial en materia de contratación del entonces artículo 37 LCSP (hoy art. 40 TRLSCSP de 2011) por un recurso nuevo, de carácter potestativo, ante un órgano independiente de carácter administrativo¹², integrado por expertos en Derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública, que en el ámbito de la Administración General del Estado se denomina Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y que

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (1991), “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”. En: *RAP* nº 125.

12 NOGUERA DE LA MUELA, B. (2008), “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público a la vista de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”. En: *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografía X de RAAP *in totum*; GIMENO FELIU, J.M. (2011). “El nuevo sistema de recurso en materia de contratos públicos”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, pp. 211-258; BERNAL BLAY, M.A. (2012), “Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas-Thomson Reuters, pp. 321-403; IDEM (2010), “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al proyecto de ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”. En *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 100 , pp. 31-44.

en el ámbito autonómico ha significado la constitución de órganos, tanto colegiados (Aragón, Castilla La Mancha, Andalucía...), como también unipersonales, como fue inicialmente en Cataluña.

Destacable es la desaparición de la distinción entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, así como también que es la formalización y no la adjudicación, la que perfecciona el contrato, de manera que se modifican las causas de resolución, por lo que si el contrato no se formaliza, se supone que no se perfecciona, y no cabe su resolución. En concordancia con estos cambios, se modificó el artículo 135 LCSP (art. 151 TRLCSP de 2011); ahora el órgano de contratación, y no la mesa de contratación, se dirige al empresario elegido para que aporte la documentación que especifica el artículo 135 LCSP (nueva redacción) y la garantía que establece el artículo 83.1 LCSP (art. 95 TRLCSP), en su nueva versión. Recibida tal documentación, si se considera correcta, el órgano de contratación dictará el primer acto administrativo propiamente dicho que es el de la adjudicación, acto que no perfecciona el contrato hasta que no se proceda a la formalización del mismo (art. 27.1 LCSP y también del TRLCSP), nueva redacción). Acto, que se notificará a los licitadores y se publicará en el perfil de contratante (art. 135.4 LCSP, nueva redacción). Asimismo, se reduce de quince a diez días hábiles el plazo de que dispone el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorizar al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva precedente. Las normas autonómicas pueden fijar un plazo mayor, sin que exceda de veinte días hábiles; anteriormente era un mes.

Además, se modificó el artículo 310.2 de la Ley de Contratos del sector público, incorporándose un párrafo final en relación al recurso especial que recoge el art. 40.2 *in fine* TRLCSP especificando que: “Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”. Por tanto, los modificados previstos en pliego o los que se realicen al

margen de las previsiones del 92 quáter de la LCSP sí serán objeto de control por los Tribunales de Contratos Públicos (Gimeno Feliu¹³).

Al respecto, sobre la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos, la opinión no es unánime (12 bis), si bien entendemos que a la vista de la Directiva 89/665/CEE, de Recursos, y de la reciente STJUE de 8 de mayo de 2014, C-161/13, la decisión de modificar el contrato debe incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratos, y deben eliminarse las restricciones al acceso al recurso mencionado que establece el art. 40 TRLCSP.

III. Especial interés reviste, también, el contrato de colaboración entre el sector público y privado (CPP), un nuevo tipo contractual que se suma al elenco de contratos “clásicos” y que recogió la LCSP a pesar de que para las Directivas de contratos es todavía una figura desconocida¹⁴. Este contrato ha pasado a la letra del TRLCSP siendo objeto de ciertas reformas a propósito de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), a la que nos referiremos brevemente. En todo caso, esta Ley, al objeto de “introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible” (art. 1), introdujo cambios de índole temática diversa, comportándose como si fuera una auténtica

13 GIMENO FELIU, J.M. (2012) “La necesidad de un Código (...)” op. cit. p. 54. En contra, CALVO RUATA, P. (2012), La zozobra de la modificación de contratos públicos. “¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?” En: *Anuario Aragonés de Gobierno Local 2011*. Fundación Sáinz de Varanda, Zaragoza, p. 407. A favor BAÑO LEÓN, J.M. (2013), “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”. En: *Anuario del Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, p. 150; GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011), “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”. En: *Contratación Administrativa Práctica*, nº 113; GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), “Transparencia e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2013*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 65 y ss., BERNAL BLAY, M.A. (2011), “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los Contratos Públicos”, Cizur Menor, pp. 203-210. En: *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, entre otros.

14 No han faltado, sin embargo, algunos intentos para aproximar las legislaciones nacionales: Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final]; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a Asociaciones público-privadas y Derecho comunitario sobre contratación pública y concesiones [COM (2005) 569 final], y Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02).

Ley de presupuestos, por lo que le resulta aplicable el calificativo de Ley “armario”, en el sentido que en ella “cuelga de todo”.

Pero el régimen jurídico del “modelo para armar” que es el contrato de colaboración entre el sector público y privado¹⁵ se encuentra disperso en distintos preceptos de la normativa de contratos [antes, la LCSP (arts. 11, 118, 119, 120, 289, 290 y 296) y ahora, artículos 11, 134, 190, 192, 313, 314 y 315 TRLCSP], que ha tenido que ser completado a través de diferentes reformas, además de las previstas en la LES, como son las recogidas en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; y el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público¹⁶.

En relación con el elemento subjetivo del contrato de CPP, la Ley de Economía sostenible ha venido a modificar el artículo 11 LCSP, ampliando el

15 Entre otros, NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), “La colaboración público-privada en materia de infraestructuras hidráulicas”. En: ALONSO, L. (dir.), *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, pp. 223-254; GONZÁLEZ GARCIA, J.V. (2006), “Contrato de colaboración público-privada”. En: *Revista de Administración Pública*, nº 170, p. 22; CHINCHILLA MARÍN, C. (2006), “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132, p. 624; BRUNETE DE LA LLAVE, M. T. (2009), *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector público. Especial aplicación a las Entidades Locales*, La Ley, Madrid, p. 42; JIMÉNEZ DÍAZ, A. (2009), “Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del sector público”. En: DORREGO DE CARLOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, p. 299; VILLAR EZCURRA, J.L. (2008), “El nuevo marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros”. En: *Revista de Obras Públicas*, nº 3488, p.65; CARLON RUIZ, M. (2008), “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. En: REDA nº 140, pp. 651-684; BERNAL BLAY, M.A. (2010), *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “para concesionales*, Thomson Reuters, Cizur Menor.

16 Al respecto, el Real Decreto-ley 6/2010 disponía una serie de normas procedimentales de aplicación a los contratos CPP que se celebrasen para la ejecución del programa de prestación de servicios energéticos (art. 19.3), indicando que el diálogo competitivo no excederá de 45 días y el plazo de presentación de ofertas finales será de 15 días (art. 20.2).

En cuanto al Real Decreto-ley 8/2010, recogía un trámite previo a la autorización para la celebración de contratos CPP cuyo valor exceda de 12 millones de euros, consistente en el informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que pueden conllevar tales contratos.

ámbito subjetivo de este contrato por cuanto pueden celebrarlo tanto las Administraciones públicas como entidades distintas a las que tienen la consideración de Administraciones públicas “a los efectos de la Ley de Contratos del sector público”, por tanto, las entidades públicas empresariales estatales y locales, así como los organismos similares de las Comunidades Autónomas¹⁷.

Vinculada a esta ampliación, se plantea una cuestión controvertida relativa al régimen jurídico de esos contratos celebrados por entidades no Administración pública, que no puede solucionarse acudiendo a la dualidad de regímenes jurídicos consustancial a la naturaleza administrativa o privada del contrato según quien lo celebre, por cuanto no ofrece la deseada seguridad jurídica.

Así, la solución quizá pasaría, tomando como modelo lo que disponía la Disposición final quinta de la LCSP para la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias que, sin alterar su naturaleza (siguen siendo, por tanto, sus contratos privados), sujetaba la tramitación de sus expedientes de contratación relativos a la construcción o modificación de las infraestructuras ferroviarias “... a las normas establecidas para las Administraciones públicas en la Ley de Contratos del sector público”. Se opta así por unificar el régimen jurídico de los contratos de CPP, sujetándolos a unas mismas normas de preparación, adjudicación y ejecución, al margen de la naturaleza administrativa o privada de la entidad que lo celebra.

17 BERNAL BLAY, M.A. (2011), “La colaboración entre el sector público y privado”. En: BELLO PAREDES, S. (dir.), *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible, la Ley*, Madrid, pp. 173-177 y 180-181; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), “La colaboración público-privada (...)” op. cit. pp. 223-254, han mantenido una postura restrictiva ante la posibilidad de que otros entes no Administración pública pudiesen licitar este tipo de contratos; MIGUEZ MACHO, L. (2008), “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”. En: RAP nº 175, pp. 157-215.

La postura contraria, es decir, la limitación subjetiva para la licitación del contrato ha sido mantenida entre la doctrina por BLANQUER CRIADO, D. (2007), *La nueva Ley de contratos del Sector público. Guía práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 117; y CARLON RUIZ, M. (2004), “La Ley de Contratos (...)” op. cit. p. 659, y de la misma se hizo eco la Abogacía del Estado en su Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado y en la Circular 1/2008, de 27 de marzo, sobre Instrucciones internas de contratación de los artículos 175.b y 176.3 de la LCSP, al señalar que los referidos contratos sólo pueden ser otorgados por Administraciones públicas (Instrucción 1/2008, p. 12), por lo que tales contratos no pueden incluirse en el ámbito de aplicación de las Instrucciones internas que, ex arts. 175 y 176 LCSP, deben aprobar las entidades del Sector público que no tengan, a efectos de la LCSP, la consideración de Administración pública (Circular 1/2008, p. 5).

Asimismo, la LES añadió una nueva Disposición adicional a la LCSP, la trigésimo quinta (hoy Disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP), sobre el régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPPI).

En España, desde el siglo XIX vienen empleándose fórmulas de colaboración público-privada, tanto contractuales como institucionales (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), que han conocido en estos últimos quince años una fuerte expansión. Pero es la Unión Europea quien se ha mostrado como un gran impulsor de estas técnicas, idea que se plasmó contundentemente por la Comisión en el Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, donde diferencia entre dos sistemas de colaboración público-privada: contractual e institucionalizada, señalando en relación con ésta última, que “en los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras”, esto es, sociedades de economía mixta y también consorcios, “en particular, para la gestión de servicios públicos a escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos)”.

Tras el Libro Verde y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2005 en el que se señaló como objetivo siguiente el dictar una comunicación interpretativa sobre la colaboración público-privada institucional, el Parlamento Europeo realizó una serie de observaciones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación y concesiones [Documento 2006/2043 (INI), de 26 de octubre de 2006], donde puso de manifiesto la inseguridad jurídica existente en el ámbito de la colaboración público-privada institucional, reconociendo la necesidad de que se aclare la aplicación de la legislación sobre contratos o concesiones, y solicitando a la Comisión que dilucide estos extremos lo más pronto sea posible, estimando que a la luz del principio de transparencia y la prohibición de la discriminación, el Derecho de la contratación pública se aplique a la creación de la colaboración público-privada institucional, en tanto que relacionada objetiva y cronológicamente con el traspaso de la tarea pública y, reclamando una definición más precisa del concepto de “control análogo” que ejerce la autoridad pública organizadora sobre el proveedor de servicios, que parece han recogido las Directivas 23 y 24 relativas a la adjudicación de contratos de concesión y a la contratación pública de 2014.

Y ciertamente, a la vista de tales afirmaciones debemos sumarnos a ellas, en el bien entendido de que el hecho de que una entidad pública adjudicadora y una entidad privada cooperen constituyendo una sociedad de capital mixto

no justifica que la entidad pública prescinda de la normativa sobre contratación pública en el encargo, cuando la finalidad de tal colaboración es la ejecución de una prestación que puede ser calificada como contrato público o como concesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la doctrina que ha ido confirmando en torno a los “encargos in house providing”¹⁸, ya señaló al referirse al requisito del “control análogo” al de sus propios servicios [STJUE de 18 de noviembre de 1999, (Teckal)], que tal control no se da cuando exista la participación aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate [STJUE de 11 de enero de 2005, (Stadt Halle)], pues en otro caso se menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50 (Asunto C-29/04, Comisión vs. República de Austria), y si tras la realización del encargo al medio propio se produce una entrada en el capital del mismo de sujetos privados, se deberá negar la existencia de tal control análogo [STJUE de 10 de noviembre de 2005, (Asunto C-29/04, Comisión vs. República de Austria)]. Doctrina que es corroborada por las SSTJUE de 8 de abril de 2008, Comisión vs. República Italiana, y de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, Sea Srl. Commune di Ponte Nossa), al afirmarse que: “En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”. Jurisprudencia europea, que ha hecho suya tanto la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (2014/23), como la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa

18 Entre otros, REBOLLO PUIG, M. (2003), “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”. En: RAP nº 161, pp. 359-393; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2010), “Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”. En: RAP nº 182, pp. 159-190; BERNAL BLAY, M.A. (2006), “Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del art. 3.1 del TRLCAP”. En: REDA nº 129, pp. 79-90; MONTOYA MARTÍN, E. (2009), *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie claves del Gobierno Local nº 9, Barcelona; AMOEDO SOUTO, C. (2004), *Tragsa. Medios propios de la Administración y huída del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona; IDEM (2006), “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas”. En: RAP nº 170, pp. 261-294.

a la contratación pública (2014/24), que en sendos artículos 15 y 11, al referirse a los “encargos in house providing” recogen expresamente, entre otras condiciones que deben darse para estar ante un medio propio, “que en la persona jurídica controlada no exista participación privada”.

En suma, la necesidad de aplicar, por tanto, la normativa de contratos públicos y concesiones a la constitución de entidades de carácter mixto¹⁹ para articular la colaboración entre el sector privado y el sector público, nos lleva a hacer someramente una serie de consideraciones en torno a determinadas cuestiones a la vista de lo que se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público, de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSPP), concretamente, en la Disposición adicional vigésimo novena dedicada a las “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

Pues bien, el TRLSPP contempla que a las sociedades de economía mixta podrán adjudicárseles “directamente los contratos públicos y concesiones siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y, en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado [esto es una novedad respecto a lo previsto en la Ley de Economía Sostenible (Disposición final decimosexta, apartado 34)], siempre que no se introduzcan las modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado” (Disposición adicional vigésimo novena 1 TRLSPP). Se recoge, por tanto, la licitación única (así, la elección del adjudicatario se convierte en un método para concretar el socio privado y deberá hacerse mediante un procedimiento de concurrencia competitiva)²⁰, amén de otras

19 Sobre las sociedades de economía mixta; MIGUEZ MACHO, L. (2008), “Las formas de colaboración (...)” op. cit. pp. 180-182; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), “Sobre las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración público-privada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”. En: <http://www.obcp.es>, 09/04/2012.

20 NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012) “La colaboración público-privada (...)” op.cit. pp. 250-251 señalo: “La licitación única es por la que apuestan decididamente tanto el Parlamento Europeo como la Comisión y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, Acoset SpA), donde se pronuncia sobre la licitación convocada para la selección del socio privado minoritario de una sociedad de economía mixta que fue adjudicataria directa del servicio integrado de aguas en la provincia de Ragusa (Sicilia), cuando afirma:

“56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (Sentencia de 11 de enero de 2005, As.

cuestiones de especial relevancia, como que las sociedades de economía mixta pueden ser creadas para la ejecución de todo tipo de “contratos públicos y concesiones” (esto es, contratos de obras, de suministros, de servicios, de gestión de servicios públicos, de concesión de obras públicas y de colaboración público-privada); no pudiéndose, en principio, ampliar a otros contratos y concesiones distintas a los inicialmente adjudicados, a pesar de que el TRLSCP no hace mención expresa de ello, lo cual sí se recogía en el Proyecto de Ley de Economía sostenible (Disposición final decimosexta, apartado 34).

Resulta también llamativa la referencia a la adjudicación directa recogida en la Disposición adicional vigésimo novena 1, por cuanto parece referirse al procedimiento negociado, como si pudiera tener cabida en todo caso, siendo todo lo contrario, puesto que sólo podrá utilizarse en los supuestos expresamente contemplados para ello.

En último lugar, hay que destacar la referencia al régimen financiero de las colaboraciones público-privadas institucionales, previsto en el punto 2 de la Disposición adicional vigésimo novena cuando permite a las sociedades de

C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de diciembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48).

58 [...] recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se discute en el litigio principal–, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos [...].

60 En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario [...].

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”.

economía mixta utilizar medios de financiación como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, añadiendo, además, la posibilidad de recurrir a ampliaciones de capital y a la titulación de derechos de cobro.

En todo caso, lo que no cabe es que las entidades adjudicadoras recurran a determinados mecanismos encaminados a enmascarar la adjudicación de contratos públicos y concesiones a sociedades de economía mixta y, ciertamente, creo que con el nuevo Texto refundido en materia de contratos se ha perdido una ocasión de oro para referirse de forma meridiana y en el propio articulado de la Ley a la colaboración público-privada institucional y a las diferentes cuestiones que plantea en relación con las sociedades de economía mixta.

IV. La Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011 (LES), ha provocado, también, otro de los cambios más importantes en materia de contratos. Se trata de las limitaciones impuestas al régimen de modificación de los contratos públicos²¹.

Introdujo un nuevo Título, el V, al Libro I de la LCSP (que concuerda con el actual Título V, Libro I del TRLCSP) que, bajo la rúbrica “Modificación de los contratos” se aplica a todos los contratos del sector público, sean administrativos o privados; limitándose a unos supuestos determinados la posibilidad de modificar los contratos (arts. 92 bis a 92 quinquies, hoy arts. 105 a 107 TRLCSP) acorde con el carácter excepcional que debe revestir esta práctica. Ello es aplicable a todo “poder adjudicador”, aunque no tenga la consideración de Administración pública, y advirtiéndose que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las contratadas inicialmente, ampliar el objetivo del contrato para cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparativa del mismo o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente (art. 105.2 TRLCSP).

No vamos a entrar, aquí y ahora, en el análisis de los supuestos de modificación convencional ni de aquéllos tasados *ex lege* pero sí queremos hacer notar cómo la nueva ubicación del régimen de los modificados en la normativa de contratos tras la LES ha conllevado alteraciones en el régimen aplicable a

21 Sobre el tema, vid., entre otros: GIMENO FELIU, J.M. (2013), “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. En: *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, pp. 93-142; MEDINA ARNÁIZ, T. (2011), “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”. En: BELLO PAREDES, S, (dir.), *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, pp. 153-163; MORENO MOLINA, J.A. (2012), “Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, pp. 97-98.

los contratos privados que, en relación a sus modificados, van a tener que aplicar normas de derecho administrativo (art. 20.2 LCSP y hoy art. 20.2 TRLCSP). Sin embargo, pese a lo que acabamos de indicar, seguirá siendo el orden jurisdiccional civil el competente para conocer de las controversias que se susciten entre las partes con respecto a la modificación de estos contratos privados, puesto que al artículo 21.2 LSCP (y también del TRLCSP) no se le ha dado una nueva redacción, y sigue correspondiéndole a ese orden jurisdiccional el conocimiento de las “controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados” celebrados por entes y entidades sometidas a la LCSP que no tienen el carácter de Administración pública.

En relación con este nuevo régimen de modificación de los contratos, hay que señalar también la modificación del artículo 76 LCSP (hoy art. 88 TRLCSP), en relación con el valor estimado del contrato, que deberá incluir para su cálculo los importes de todas las modificaciones previstas en el contrato, puesto que por la vía de los modificados se pueden superar los umbrales económicos que impedirían acudir, por ejemplo, al procedimiento negociado²².

V. Finalmente, también ha sido objeto de reforma la subcontratación. Hoy, su regulación se contiene en el artículo 227 TRLCSP, que ha incorporado los cambios operados por la LES y por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad²³.

Así, los órganos de contratación pueden imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato²⁴. Y si se infringen

22 MEDINA ARNÁIZ, T. (2011), “Las principales novedades (...)” op. cit. p. 155; IDEM (2010), “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”. En: *Diario La Ley* nº 7382, p. 4; VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2010), “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 37, pp. 3178 y ss.

23 La referida Ley modifica los artículos 24.1, 53.2, 102.2, 134.6, 210.7 y 262, y añade un apartado 8 al artículo 210, y un párrafo final al apartado 2 del artículo 310; disposición adicional vigésimo cuarta del TRLCSP.

24 A la subcontratación se refieren: MORENO MOLINA, J.A. (2012), “Repercusiones de la crisis (...)” op. cit. pp. 99-100; MEDINA ARNÁIZ, T. (2011), “Las principales novedades (...)” op. cit. pp. 150-151.

las condiciones en que se permite la subcontratación, se prevé la imposición de penalidades al contratista de hasta un 50% del importe del subcontrato.

La Ley 24/2011, de Contratos del sector público en materia de defensa y la seguridad, regula el impago a los subcontratistas por el contratista principal, y matiza que:

“8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones públicas, si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1” (art. 227.8 y 9 TRLCSP).

En suma, al panorama descrito debemos añadir la falta de desarrollo reglamentario de muchas previsiones de la LCSP de 2007²⁵, de manera que coexisten, incluso, normas reglamentarias que corresponden a marcos legales diferentes. Es obvio que la seguridad jurídica no ha quedado garantizada.

Pero el proceso de continuas reformas no ha terminado, sino todo lo contrario, por cuanto contamos ya con la cuarta generación de Directivas en materia de contratación²⁶. Tres Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo,

Al respecto, hay que destacar también que el considerando 32 de la Directiva 2004/18/CE expone que “con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación”. Por su parte, el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos manifiesta que “cuando se trata de contratos de gran envergadura, si las PYME no están en condiciones de asumir la función de contratista principal o de licitar conjuntamente con otras PYME, la subcontratación puede ofrecer nuevas oportunidades”, SEC (2008) 2193, de 25 de junio de 2008, p. 11.

25 Es cierto, como pone de manifiesto MORENO MOLINA, J.A. (2012), “Repercusiones de la crisis (...)” op. cit. p. 106, que “se aprobó el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, pero sólo desarrolla de forma parcial la LCSP de forma que tras su entrada en vigor, resulta necesario aplicar en la materia, junto a la LCSP y ahora al TRLCSP, los preceptos vigentes del TRLCAP y las normas reglamentarias anteriores y posteriores al mismo (esto es, el RD 1098/2001 y el RD 817/2009, que fue a su vez reformado por el RD 300/2011, de 4 de marzo). Esto es, siguen vigentes normas reglamentarias que desarrollan dos marcos legales diferentes”.

26 MORENO MOLINA, J.A. (2013). “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2012*,

todas de 26 de febrero de 2014, la 2014/23/UE sobre adjudicación de contratos de concesión, la 2014/24/UE sobre contratación pública y la 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que deben transponerse a más tardar en abril de 2016 y que, en términos generales, buscan revisar y modernizar la legislación actual de contratos públicos.

En línea con ello, las nuevas Directivas plantean la necesidad de simplificar las normas, incrementar tanto su eficacia como eficiencia, y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, económico y social. Destacándose que la mejora de tales normas permitirá que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación; y facilitará la incorporación efectiva de las PYME al mercado de la contratación pública.

Por tanto, esta cuarta generación de Directivas va a comportar la reforma del TRLCSP de 2011 y también de la Ley 31/2007, que regula la contratación en los llamados sectores especiales. Siendo ésta una ocasión, para regular en un único texto de cabecera, esto es en un Código de Contratos Públicos (Gimeno Feliu)²⁷, –siguiendo el modelo de Portugal, Francia, Italia, etc.– un sector, como es la contratación pública, de tanta trascendencia social y económica, y contar así con un sistema normativo acorde con esta materia y poner fin al constante parcheamiento de los textos legales de contratos públicos y la fragmentación legislativa.

Sin embargo, quisiera destacar, también, cómo hoy, curiosamente, anticipándonos a la aprobación de las nuevas Directivas de contratación pública, el legislador español ha incorporado medidas que se contienen en fase de propuesta comunitaria, lo que ha provocado ya alguna de las reformas del TRLCSP de 2011, como es el caso de los apartados 4 y 5 del art. 146 TRLCSP, añadidos por mor del art. 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización²⁸. Ahora se dispone que los órganos de contratación de las Administraciones públicas pueden establecer en

Civitas, Cizur Menor, pp. 115-163; GIMENO FELIU, J.M. (2013), “Las nuevas Directivas (...)” op. cit. *in totum*; LAZO VICTORIA, X. (2013), “Contratos de concesión de obras y de servicios: líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”. En: *Contratación Administrativa Práctica* nº 126.

27 GIMENO FELIU, J.M. (2012), “La necesidad de un Código (...)” op. cit, pp. 57 a 83; IDEM (2013), “La cuarta generación (...)” op. cit, pp. 102-105; BLANCO LÓPEZ, F. (2013), “El sobre A pasa (...)” op. cit, p. 1.

28 *Artículo 146. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos(...)*

el pliego de cláusulas administrativas particulares, la posibilidad que el licitador no deba acreditar que tiene las condiciones de capacidad y solvencia que requiera dicho pliego, siendo suficiente una declaración responsable. Será el licitador cuya oferta sea considerada la más ventajosa el que deba aportar la documentación acreditativa²⁹.

4. *El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.*

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

5. *El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.*

- 29 BLANCO LÓPEZ, F. (2013), “El sobre A pasa (...)” op. cit. p. 2, señala acertadamente las carencias que sufre la nueva redacción del art. 146 como, entre otras, que en los apartados 4 y 5 se contiene una regulación que no puede aplicarse en los procedimientos restringido y negociado con publicidad ni en el diálogo competitivo, según su regulación vigente, que contiene incoherencias gramaticales, que se refiere al “procedimiento simplificado sólo para unas determinadas franjas económicas (contratos de obras con valor inferior a 1.000.000 € o suministros y servicios con valor inferior a 90.000 € (...)). Destaca que, en todo caso, esta medida simplificadora tendrá dos repercusiones positivas: “la aplicación del procedimiento simplificado que se promete masiva, permitirá una correcta utilización del procedimiento negociado superando su actual incorrecto formato (...) El procedimiento negociado supondrá (...) un procedimiento flexible, si bien no simple, llevando a cabo una auténtica negociación. Otra consecuencia, ahora (...) el mapa procedimental de la contratación pública adquiere un aspecto más coherente y (...) pueden impulsarse los proyectos de contratación electrónica con una seguridad suficiente en cuanto al diseño funcional de los procesos (...)” (sic).

También se refieren a esta reforma del TRLCSP operada por la Ley 14/2013, CARBONERO GALLARDO, J.M. (2013), “La Ley de (...)” op. cit. pp. 1-2; IDEM (2013), “Modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley de Emprendedores: ¿al fin una simplificación de los procedimientos de contratación?”. En Contratación Administrativa Práctica. Revista de Contratación Administrativa y de los contratistas nº 128, pp. 6-13; ESCRIBIELA MORALES,

Pero las modificaciones introducidas por la Ley 14/2013 no se limitan únicamente a lo señalado supra, sino que abordan también: la elevación de los umbrales para la exigencia de clasificación, facilitando el acceso a la contratación pública para PYME (arts. 65.1 y 65.5 TRLCSP en su nueva versión)³⁰; la necesidad de especificar la voluntad de integrarse en una UTE al darse de alta –los empresarios que quieran constituir la– en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (art. 59.1)³¹; la prohibición de discriminación a favor de determinados contratistas que hayan contratado previamente con cualquier Administración (art. 32.d)³²; garantías mediante retención en el precio y devolución abreviada para PYME (art. 96.2, 96.3 y

F.J. (2013), “La modificación de la contratación pública por la Ley de Emprendedores”: En: Contratación Administrativa Práctica. Revista de la Contratación Administrativa y de los contratistas nº 128, pp. 14-18.

30 *Artículo 65. Exigencia de clasificación*

1. *Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.*

En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el subgrupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato.

(...)

5. *Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato, en los supuestos del apartado 1 del artículo 65.*

31 *Artículo 59. Uniones de empresarios*

1. *Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.*

Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia.

(...)

32 *Artículo 32. Causas de nulidad de derecho administrativo*

102.5)³³; reducción del plazo de demora en el pago para que el contratista pueda resolver el contrato (art. 216.6 y 216.8)³⁴; y se añade un nuevo precepto, el 228 bis, con el fin de controlar y mejor garantizar el pago a los subcontratistas de acuerdo con lo previsto en el artículo 228 TRLCSP³⁵. Medidas todas

Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

(...)

d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

33 *Artículo 96. Garantías admitidas*

(...)

2. Cuando así se prevea en los pliegos, la garantía en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de gestión de servicios públicos cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego se fijará la forma y condiciones de la retención.

3. La acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, salvo que en el pliego se establezca lo contrario.

Artículo 102. Devolución y cancelación de las garantías

(...)

5. Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses.

34 *Artículo 216. Pago del precio*

(...)

6. Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

(...)

8. Las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos de treinta días, cuatro meses y seis meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.

35 *Artículo 228 bis. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores*

ellas, que han tenido una buena acogida, basta ahora constatar su puesta en práctica.

Finalmente, y una vez más, como muestra de la “legislación motorizada” en el campo de la contratación en expresión del Profesor García de Enterría, contamos con nuevas modificaciones de la legislación de contratos, aunque en este caso sólo nos referiremos brevemente a las operadas por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que, entre otras, en su artículo 4³⁶ extiende a los adjudicatarios de contratos del sector público la obligación de suministrar toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en el Título I de la Ley, aunque en los términos previstos en el respectivo contrato; y en el artículo 8³⁷ impone una obligación de publicación de

Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando éste lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquéllos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.

36 Artículo 4. Obligación de suministrar información

Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato.

37 Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística

1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Cuando el reglamento no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones se aplicará lo dispuesto en la normativa de conflictos de intereses en el ámbito de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.

i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente.

datos que amplía la exigencia del artículo 154 TRLCSP, ya que incluye a “todos” los contratos que realicen las entidades sometidas a la LTBG, donde aparecen también los contratos menores, una de las zonas más oscuras de la contratación pública cuya publicación podría hacerse trimestralmente, y también los contratos tramitados por el procedimiento de urgencia, aunque no se hayan formalizado.

Debiéndose publicar el acto de formalización y todas las incidencias que se den en la fase de ejecución, echándose a faltar que no se mencione la extinción de los contratos que se produzca por resolución.

Las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en lo que a contratación pública se refiere, desarrollan una serie de principios que afectan directamente a la aplicación práctica de los artículos 1, 32.d), 62, 115, 117 y 150, aludiéndose expresamente a los pliegos, cláusulas de los contratos, adjudicación y procedimiento de contratación en los artículos 9.1, 9.2, 18.2, 20.3 y disposición adicional primera de la Ley 20/2013, modificándose la denominación y ámbito subjetivo y objetivo de actuación de la ahora llamada “Plataforma de Contratación del Sector Público”³⁸, y anteriormente “Plataforma de Contratación del Estado”, y en la que

2. Los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.

3. Las Administraciones Públicas publicarán la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real.

38 *Artículo 9. Garantía de las libertades de los operadores económicos.*

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

-
- c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.
 - d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos.
 - e) Los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad.
 - f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos.

Artículo 18. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.

(...)

2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen:

a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular:

1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.

2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.

3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.

4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio.

5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

b) Requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen.

c) Requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión, tales como:

1.º necesidades de homologación, convalidación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento de títulos o certificados que acrediten determinadas cualificaciones profesionales emitidos por autoridades o entidades de otras Comunidades Autónomas.

2.º cualquier otro requisito que obstaculice el libre ejercicio de los servicios profesionales en todo el territorio nacional.

d) Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.

e) Especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio distintas a las establecidas en el lugar de fabricación.

f) Para la obtención de ventajas económicas, exigencia de requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para acreditar la equivalencia de las condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajas económicas.

g) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

h) Requisitos que contengan la obligación de haber realizado inversiones en el territorio de la autoridad competente.

i) Cualquier otro requisito que no guarde relación directa con el objeto de la actividad económica o con su ejercicio.

Artículo 20. *Eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas.*

(...)

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará, en particular, a los siguientes supuestos:

a) Certificaciones de calidad a efectos de la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad en los procedimientos de contratación de las autoridades competentes, para el suministro de bienes y servicios en determinadas circunstancias o a determinados sujetos y para la obtención de ventajas económicas, bien sean subvenciones o beneficios fiscales.

b) Certificaciones o reconocimientos oficiales, a efectos de los derechos o ventajas económicas que obtienen las personas físicas o jurídicas que contratan con un operador oficialmente reconocido.

toda licitación pública de cualquier poder adjudicador (estatal o no) se ha de publicar en la referida Plataforma.

Y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (art. 56.3) recoge la prohibición de contratar prevista en el artículo 61.c) TRLCSP, matizando que la sanción debe ser firme, para comportar por la comisión de una infracción muy grave la prohibición de contratar prevista en el mencionado artículo 61.c).

En suma, ciertamente es imprescindible la estabilidad del marco normativo en materia de contratación pública, puesto que sin seguridad jurídica en el plano material, el derecho no puede cumplir su finalidad, pero también es necesaria, como ha puesto de relieve la doctrina, (Gimeno Feliu, Sanmartín Mora)³⁹ la profesionalización, en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejadas de prácticas clientelares.

c) Certificaciones, reconocimientos y acreditaciones, a efectos de comprobar la concurrencia de un nivel determinado de calidad o de profesionalidad exigido para el acceso o ejercicio de una actividad económica determinada.

Disposición adicional primera. *Actuaciones estatales.*

Cuando por razones de orden público, incluida la lucha contra el fraude, la contratación pública y la garantía de la estabilidad financiera, el medio de intervención, incluidas la regulación, supervisión y control, para el acceso o ejercicio de una actividad económica, corresponda al Estado, la eficacia en el territorio nacional quedará garantizada por la intervención estatal, de manera que las disposiciones contenidas en el Capítulo V de esta Ley no afectarán a las competencias estatales establecidas en la legislación específica.

39 GIMENO FELIU, J.M. (2013), “Las nuevas Directivas (...) op. cit, p. 105; IDEM (2013), “Los Tribunales administrativos especiales de Contratación Pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y Prospectivas”. En: RCDP nº 47; SANMARTÍN MORA, M.A. (2012), “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”. En: *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, pp. 407-434.

Die Rolle des Nationalen Normenkontrollrats bei der Verbesserung der Rechtsetzung

Prof. Dr. *Gisela Färber*

1. Einleitung

Bessere Rechtsetzung ist mittlerweile ein Ziel, dem sich fast alle Regierungen in den Industriestaaten verschrieben haben. Ein besonderer und sehr früher Schwerpunkt der Programme war die Senkung der durch Recht verursachten Bürokratiekosten, die auch unter dem Namen „Cutting red tape“¹ bekannt geworden sind. „Red tape“ bezeichnet dabei eine Rechtsetzung, die über den eigentlichen Zweck der Regelung hinaus von den Normadressaten überflüssige und überkomplexe bürokratische Prozeduren und Dokumente verlangt. Durch diese eigentlich nicht notwendigen Aufwendungen, nicht nur in Form von materiellen Ressourcen, sondern auch in Form von Zeitaufwand, werden Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen erheblich beeinträchtigt. In einer Phase schwieriger Wachstumsperspektiven in den Jahren nach der Jahrtausendwende standen für die Initiativen der „Better regulation“ ökonomische Zielsetzungen im Vordergrund. Inzwischen ist mit dem Übergang zum Erfüllungsaufwand ein breiterer Zugang zu Gesetzesfolgenabschätzungen erreicht worden, der die Belastungen der Normadressaten durch Recht insgesamt so gering als möglich halten soll.

Gemeinsam ist allen Ansätzen der „better regulation“ der methodische Grundansatz der Quantifizierung der Gesetzesfolgen durch das Standardkosten-Modell (SKM) und der Vorgabe quantitativer Abbauziele², zumindest soweit dies die Bürokratiekosten i.e.S. betrifft. Institutionell haben die Regierungen aber sehr unterschiedliche Designs gewählt, in der Mehrzahl waren allein die Regierungen selbst verantwortlich. Nur vier Länder – die Niederlande, Großbritannien, Schweden und Deutschland – haben zusätzlich unabhängige Institutionen gegründet, die als Partner und zugleich Counterparts der Ministerien deren Bemühungen um Bürokratieabbau neutral begutachten und ggf. kritisch kommentieren sollten.

1 Vgl. OECD: Cutting Red Tape: National Strategies for Administrative Simplification. Paris 2006.

2 Vgl. ebenda.

In Deutschland wurde hierzu im Jahr 2006 der Nationale Normenkontrollrat (NKR) eingerichtet. Er ist seitdem an praktisch jeglicher Rechtsetzung der Bundesregierung beteiligt. Im Jahr 2011 wurde nicht nur das Konzept der Gesetzesfolgenabschätzung, sondern auf die Aufgaben des NKR erweitert. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Aufgaben und die Arbeit des NKR im Kontext des Regierungsprogramms „Bürokratieabbau und Bessere Rechtsetzung“ der Bundesregierung. Nach siebeneinhalb Jahren Arbeit des NKR werden Erfolge und Probleme ebenso bilanziert wie Herausforderungen insb. auch hinsichtlich einer Weiterentwicklung der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland herausgearbeitet.

2. Das Programm „Bürokratieabbau und Bessere Rechtsetzung“ der Bundesregierung

Nach der Bundestagswahl 2005, nach der sich CDU und SPD zur großen Koalition zusammenfanden, wurde dem Thema Bürokratieabbau besonderes Augenmerk beigemessen. „Die Neuentlastung von Bürgern, Wirtschaft und Behörden von einem Übermaß an Vorschriften und der damit einhergehenden Belastung durch bürokratische Pflichten und Kosten ist ein wichtiges Anliegen der Koalition.“³ Außer einem Mittelstandsentlastungsgesetz, mit dem kurzfristig entlastende Maßnahmen für die Wirtschaft umgesetzt wurden, wurde das Vorhaben 2006 mit der Verabschiedung des Normenkontrollratsgesetzes systematisch umgesetzt. Die Initiativen gingen bezeichnenderweise nicht von der Ministerialverwaltung aus, sondern von den Bundestagsfraktionen, von denen insb. zwei Abgeordnete, die das Verfahren in den Niederlanden kennengelernt hatten, die Konzeptionierung übernahmen.

Das Regierungsprogramm „Bürokratieabbau und Bessere Rechtsetzung“ konzentrierte sich auf Quantifizierung und Reduzierung der sog. Bürokratiekosten, genauer: der Kosten, die Unternehmen, BürgerInnen und Verwaltungen für die Befolgung von durch Bundesrecht verursachten Informationspflichten entstehen. Die Standardkosten für rd. 11.000 Informationspflichten für Unternehmen wurden vom Statistischen Bundesamt gemessen, in Einzelprojekten auch ausgewählte Informationspflichten für BürgerInnen⁴. Im Jahr

3 Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit; Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 21.11.2005, S. 62
[http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/foederalismus/2005_11_11-Koalitionsvertrag-Dok04.pdf; download 14.2.2014]

4 Informationspflichten von Verwaltungen wurden zwar intern aufgelistet, aber nie ausführlich thematisiert.

2007 verständigte sich die Bundesregierung auch auf ein verbindliches Nettoabbauziel von 25% der in der Bestandsmessung erfassten Bürokratiekosten bis Ende 2011.

Zudem gilt für praktisch jeden Rechtsetzungsakt – gleichgültig, ob es sich um Gesetze, Verordnungen, Erlasse oder andere Verwaltungsvorschriften handelt – das sog. ex ante-Verfahren. Danach wurden ab Herbst 2006 zunächst die Kosten der Informationspflichten seitens des Ressorts geschätzt und im Regelungsentwurf ausgewiesen. Die Ressorts müssen prüfen, ob dies die geringstmögliche Belastung ist.

Seit dem 1.9.2011 wurde die Gesetzesfolgenabschätzung der Bundesregierung erweitert: Seitdem sind außerdem zu prüfen und darzulegen (§ 43, 44 GGO)

- Ziel und Notwendigkeit der Regelung,
- ob es bessere und weniger belastende Alternativen gibt,
- ob eine Befristung in Frage kommt und ob und wann eine Evaluierung erforderlich ist,
- ob eine Rechts- und Verwaltungsvereinfachung möglich ist,
- ob – im Fall einer Umsetzung einer EU-Richtlinie nationales Recht – diese 1:1 umgesetzt wurde,
- ob Auswirkungen auf Preise und Preisniveau zu erwarten sind.

Daneben werden ohnehin schon seit längerem die Auswirkungen des Regelungsvorhabens auf Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte ausgewiesen und eine Prüfung unter Gender-Mainstreaming-Kriterien durchgeführt.

Kernstück der erweiterten Gesetzesfolgenabschätzung ist die Abschätzung des Erfüllungsaufwands, der als der gesamte „Zeitaufwand und Kosten, die durch die Befolgung einer bundesrechtlichen Vorgabe entstehen“ (§ 1 NKRK). Darunter sind gesondert die Kosten zur Befolgung von Informationspflichten auszuweisen, die auch schon zuvor dem ex ante-Verfahren unterlegen waren. Zum Erfüllungsaufwand zählen aber auch die Kosten des Verwaltungsvollzugs nicht nur bei bundeseigener Verwaltung, sondern – der häufigere Fall nach der deutschen bundesstaatlichen Verfassung – von Verwaltungen der Länder und der Kommunen.

Auch der Erfüllungsaufwand wird mit Hilfe des Standardkosten-Modells (SKM) ermittelt. SKM ist im Bereich der Unternehmensberatung konzipiert worden und ist eine Teilkostenrechnung. Es werden mit empirischen Verfahren die Standardkosten eines durchschnittlich effizienten Unternehmens errechnet und mit der Fallzahl der betroffenen Normadressaten multipliziert. Dabei

werden die verschiedenen typisierten Arbeitsschritte und andere Aufwand für die Befolgung von Rechtsvorschriften ermittelt und mit dem erforderlichen Zeitaufwand sowie durchschnittlichen Arbeitskosten gewichtet.

$$\text{Aufwand für die standardisierte Befolgung der Rechtsvorschrift} = \text{Zeitaufwand} * \text{Arbeitskosten} + \text{anderer Aufwand}$$

$$\text{Erfüllungsaufwand} = \text{Fallzahl} * \text{Aufwand für standardisierte Befolgung} * \text{Periodizität}$$

Der Vorteil von SKM liegt in seiner einfachen Anwendung einerseits und der Transparenz der ermittelten Parameter andererseits. Denn bei der Ermittlung der erforderlichen Arbeitsschritte könne Kostentreiber identifiziert und Alternativen mit geringerem Aufwand analysiert werden.

Die Ressorts müssen den Erfüllungsaufwand ihrer Regelungsvorhaben ex ante quantifizieren und so gering wie möglich halten. Vor allem bei neuen Gesetzen ist allerdings der Erfüllungsaufwand nicht unbedingt bekannt. Die Ressorts haben deshalb bei schwierigen Verfahren die Möglichkeit, empirische Messungen der Standardkosten von Informationspflichten und von anderem Erfüllungsaufwand durch die MessexpertInnen des Statistischen Bundesamts durchführen zu lassen.

Die Aktivitäten im Rahmen des Programms „Bürokratieabbau und Bessere Rechtsetzung“ werden durch eine Geschäftsstelle Bürokratieabbau im Bundeskanzleramt durchgeführt. Ein Staatssekretärausschuss führt die erforderlichen politischen Entscheidungen bei der Durchführung des Programms herbei.

3. Der Nationale Normenkontrollrat: Aufgaben und Zusammensetzung

Der Nationale Normenkontrollrat (NKR) bestand ursprünglich aus 8 Mitgliedern und wurde 2011 mit der Erweiterung seiner Aufgaben um zwei weitere Mitglieder auf zehn vergrößert. Er ist eine von mittlerweile fünf unabhängigen „watch-dog“-Institutionen im Bereich der Better-Regulation-Bewegung in der Welt. Er ist aber entsprechend der anderen Ausgestaltungen der Staatssektoren auch etwas anders aufgestellt als das Adviescollege toetsing regeldruk (ACTAL) in den Niederlanden⁵, die britische Better Regulation Commission (BRC, bis Januar 2008) und später die Better Regulation Strategy Group (BRSG, seit

5 Homepage unter <http://www.actal.nl/>

2010)⁶ in Großbritannien, der Regelradet in Schweden⁷ und zuletzt das Regulatory Impact Assessment Board in Tschechien⁸.

3.1 Zusammensetzung, Aufgaben und Organisation

Die Stellung, Aufgaben und Organisation des NKR sind in einem eigenen Gesetz festgelegt. Der NKR ist eine unabhängige Einrichtung, die die Bundesregierung „bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtsetzung zu unterstütz(t). Er prüft insbesondere die Darstellung des Erfüllungsaufwandes neuer Regelungen für Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und öffentliche Verwaltung auf ihre Nachvollziehbarkeit und Methodengerechtigkeit sowie die Darstellung der sonstigen Kosten der Wirtschaft, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen. Die angestrebten Ziele und Zwecke von Regelungen sind nicht Gegenstand der Prüfungen des Nationalen Normenkontrollrates.“ (§ 1 NKR-G).

Der NKR besteht aus zehn Mitgliedern, die selbst keine Tätigkeit in Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung des Bundes ausüben dürfen⁹. Ausnahmen gelten nur für HochschullehrerInnen, die in diesem Amt neben ihrer Haupttätigkeit tätig sein dürfen. Die Mitglieder werden von der Bundesregierung und den meisten Bundestagsfraktionen vorgeschlagen und vom Bundespräsidenten ernannt. Sie weisen alle langjährige Erfahrungen in den Bereichen Parlament, Regierung und Verwaltung auf. Von den derzeitigen Mitgliedern sind fünf weiblich.

Der NKR hat sich zur Erfüllung seiner Aufgaben eine innere zweckmäßige Organisation gegeben. Die Mitglieder haben sich auf „Spiegelressorts“ aufgeteilt. Dies sichert spezialisiertes Wissen und institutionalisierte Kommunikationskanäle. Der Rat wird durch ein Sekretariat von derzeit zwölf MitarbeiterInnen unterstützt, die ebenfalls bestimmten Ressorts zugeordnet sind. Zu allen Regelungsvorhaben, die ins Bundeskabinett gehen sollen, werden Voten verabschiedet. Bei „problemlosen“ Regelungsvorhaben geschieht dies per elektronischem Umlaufverfahren. Die Stellungnahmen des Rates zu schwie-

6 Homepage unter <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.bis.gov.uk/policies/better-regulation/better-regulation-executive/better-regulation-strategy-group>

7 Homepage unter <http://www.regelradet.se/en/>

8 Informationen unter <http://www.mvcr.cz/mvcren/article/regulatory-impact-assessment-in-the-czech-republic.aspx>.

9 Für ehemalige Mitglieder von einschlägigen Institutionen wird eine „Karenzzeit“ von einem Jahr zum Ausscheiden aus dem Amt/Dienst angesetzt.

rigen, komplexeren und im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand umfangreicheren Vorlagen werden in den regelmäßig stattfindenden Ratssitzungen diskutiert und verabschiedet. Dies gilt auch für alle Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung.

3.2 Verfahren

Der NKR ist an der Erstellung und Verabschiedung von rechtlichen Regelungen welcher Art auch immer wie andere Fachressorts beteiligt. D.h., ihm werden Regelungsvorhaben i.d.R. vier Wochen vor Kabinetttstermin zugestellt. In den Dokumenten sind die o.a. Prüfgegenstände nach einem festen Raster dokumentiert. Der NKR prüft nun insb. auch, ob der Erfüllungsaufwand nachvollziehbar und methodengerecht ermittelt wurde und ob er so gering wie möglich ausfällt. Über das Ergebnis der Prüfung wird eine Stellungnahme abgefasst, die dem Regelungsentwurf vor Kabinettsbefassung beigefügt wird. Bei kritischen Stellungnahmen des NKR muss das Ressort seinerseits eine Gegenstellungnahme verfassen, die ab dann ebenfalls dem Kabinett, dem Bundestag und dem Bundesrat vorliegen.

Seit der Novelle des NKR-Gesetzes im Jahr 2011 wurde das Prüfrecht des NKR bei Änderungsgesetzen auch die zugrunde liegenden Stammgesetze und auf Vorarbeiten zu Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft ausgedehnt. Dies ist insoweit richtig und wichtig, als der Erfüllungsaufwand bestehenden Rechts anders als bei den Informationspflichten nicht bestandsgemessen wird und die geringstmöglich Belastung in vielen Fällen auch nur unter Problematisierung der bestehenden Regelungen erreicht werden kann. Beim EU-Recht ist das frühzeitige Prüfrecht deshalb wichtig, weil die Rechtsakte nach ihrer Verabschiedung auf europäischer Ebene von den Mitgliedstaaten nicht mehr verändert werden können. Deshalb muss die Gesetzesfolgenabschätzung dann erfolgen, wenn die Gestaltungen noch verhandelt werden können.

Eine pflichtige Beteiligung des NKR gemäß § 4 NKRG ist allerdings nur bei Regelungsvorhaben der Bundesregierung vorgesehen. Gesetzentwürfe aus den Reihen des Bundestags und aus dem Bundesrat unterliegen dem Prüfrecht nicht. Dies ist deshalb kritisch zu sehen, weil es gerade schwierige Gesetzentwürfe sind, die zwar von den Bundesministerien erarbeitet worden sind, häufig auch zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens, aber auch um die sonst üblichen Prozeduren und Prüfverfahren zu umgehen, von den Regierungsfractionen im Bundestag eingebracht werden. Ein Fortschritt ist immerhin, dass der Bundesrat und die einbringenden Fractionen resp. Abgeordneten den NKR mit einer Prüfung beauftragen können, wobei in diesen Fällen die Frage gestellt werden muss, ob insb. der Erfüllungsaufwand sachgerecht

geschätzt werden kann. Der Opposition oder eine Länderminderheit stellt dieser Zugang zur Prüfung der Gesetzesvorlagen indes nicht zu. Es bestünde dann aber auch die Gefahr, dass der NKR zumindest bei der derzeitigen Ressourcenausstattung dann schnell an die Grenzen seiner Arbeitskapazitäten käme.

Der NKR berichtet jährlich, meist im Juli vor der Sommerpause, über seine Arbeit. Neben der Funktion der Rechenschaftslegung über seine Arbeit bietet der Jahresbericht die Möglichkeit, grundsätzliche Erwägungen zu den Prüfgegenständen, aber auch kritische Befunde von allgemeiner Bedeutung für eine bessere Rechtsetzung öffentlichkeitswirksam zu positionieren. Der Jahresbericht der Bundesregierung – üblicherweise im fortgeschrittenen Herbst präsentiert – legt Rechenschaft über die einschlägige Tätigkeit der Regierung; der NKR gibt hierzu eine Stellungnahme ab.

Der NKR kommuniziert mit weiteren Institutionen, die für die Ziele des Bürokratiekostenabbaus und der besseren Rechtsetzung von Bedeutung sind. Dies war in der Vergangenheit regelmäßig auch der Präsident des Bundesrechnungshofs, der mit der Gesetzgebung des Bundes ebenfalls ex ante unter dem Aspekt eines sparsamen und wirtschaftlichen Umgangs mit Haushaltsmitteln befasst ist. Es gab und gibt beratende Kontakte mit dem Bundesdatenschutzbeauftragten, insb. weil für die Rechtsetzung des Bundes Datenschutz zu beachten ist, dieser aber häufig besonderen Erfüllungsaufwand hervorruft oder kostengünstige Lösungen beschränkt. Ein gutes Beispiel für die Probleme des Datenschutzes für kostengünstige Verwaltungslösungen war das E-LENA-Projekt, bei dem wegen unzureichender elektronischer Identifikationstechniken eine die Effizienzvorteile der gesammelten Arbeitgeberdaten für Entgeltbescheinigungen nicht nur nicht realisiert werden konnten, sondern im Fall der Vorlage von Bescheinigungen beim Wohngeld den antragstellenden Haushalten sogar mehr Aufwand als heute beim schriftlichem Antragsverfahren auferlegt worden wäre.

Ein weiterer wichtiger Partner ist auch das Statistische Bundesamt, das seit 2006 spezifische Expertise bei der Anwendung von SKM erworben hat. Diese Abteilung hat zunächst die Bürokratiekosten des Bundesrechts für die Wirtschaft gemessen bzw. – wie im Steuerrecht – in Auftrag gegeben, hat die Datenbank dazu aufgebaut¹⁰ und war an der methodischen Erweiterung zur Messung und Schätzung des Erfüllungsaufwand maßgeblich beteiligt. Die ExpertenInnen haben in den besonderen Projekten wie „Einfacher zu ...“¹¹ und dann

10 Vgl. <https://www-skm.destatis.de/webskm/online>

11 Vgl. Bundeskanzleramt; Nationaler Normenkontrollrat: Einfacher zum Elterngeld; Projektbericht vom 16.09.2009, Berlin 2009; dies.: Einfacher zum Wohngeld; Projektbericht vom 16.09.2009, Berlin 2009; dies.: Einfacher zum BAföG, Projektbericht vom 18.03.2010, Berlin 2010.

auch zum Erfüllungsaufwand z.B. der Einkommensteuererklärung¹² die Messungen durchgeführt. Sie sind auch für die Messungen der Bürokratiekosten mit der Aktualisierung der Datenbank zwei Jahre nach Inkrafttreten neuer Regelungen zuständig, wobei sie dabei nicht die „Letztzeichnung“ haben, weil diese beim zuständigen Ressort liegt.

4. Besondere Potentiale und Probleme

Nach nunmehr 7½ Jahren sind auch im Bereich der Gesetzesfolgenabschätzung und der besseren Rechtsetzung und in der Tätigkeit des NKR gewisse Routinen eingezogen, die sich verfestigt haben und die zu einer Zwischenbilanz herausfordern. Drei Bereiche sind hier hervorzuheben:

1. die besonderen Chancen des NKR, die in der Zusammenarbeit mit Institutionen außerhalb von Bundesregierung und Bundesverwaltung liegen,
2. verbliebene methodische und konzeptionelle Defizite und
3. die Frage nach der Wirksamkeit der Institution in der Zukunft.

4.1 Zusammenarbeit mit Institutionen und Akteuren außerhalb von Bundesregierung und Bundesverwaltung

Der NKR kooperiert mit einer Vielzahl weiterer Institutionen außerhalb der Bundesregierung. Dies geschieht in der Regel im Rahmen von Projekten, bei denen besondere Aspekte aus dem Aufgabengebiet des NKR aufgegriffen werden und bei denen Neuland betreten wird. Als unabhängiger Akteur hatte der NKR es einfacher als die Bundesregierung, Länder und im Falle einer weiteren Delegation der Verwaltung auf deren Kommunen, die die meisten Bundesgesetze vollziehen, zur Mitarbeit zu bewegen.

Hier sind zunächst die sog. „Einfacher zu ...“-Projekte hervorzuheben, bei denen nicht nur der Zeitaufwand der Antragsteller für den Bezug von Wohngeld, Elterngeld und BAföG empirisch ermittelt wurde, sondern auch im Zusammenhang mit dem Aufwand der vollziehenden Verwaltung erfasst und problematisiert wurde. Als ein wesentliches Ergebnis wurde dabei erkannt, dass den größten Verwaltungsaufwand Medienbrüche verursachen, vor allem

12 Vgl. Die Bundesregierung, destatis: Bestimmung des Erfüllungsaufwands im Zusammenhang mit Steuererklärungen, steuerlichen und zollrechtlichen Nachweispflichten, Projektreihe: Bestimmung des bürokratischen Aufwands und Ansätze zur Entlastung, Berlin 2012
[<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Buerokratiekosten/Download/Steuererklaerungen.pdf?blob=publicationFile>; download 28.2.2014]

weil dadurch (eigentlich unnötige) Fehler auftreten, die mühsam, und zeitaufwendig korrigiert werden müssen. Zudem wurde klar, dass die Länder bzw. die Kommunen, die bei allen diesen Projekten für den Vollzug z.T. in Bundesauftragsverwaltung zuständig waren und sind, einen erheblichen Einfluss auf Bürokratie- und Verwaltungskosten haben.

In der Umsetzung befindet sich das Projekt der Vereinfachung der Kfz-Zulassung, wofür in Deutschland kreisfreie Städte und Landkreise zuständig sind. In Zukunft werden schrittweise Kfz-Abmeldung und -Anmeldung online durchgeführt werden können¹³. Bei einem Projekt zur Optimierung von Einreiseprozeduren wurden komplizierte Prozessketten zwischen Botschaften, kommunalen Ausländerbehörden, der Bundesagentur für Arbeit sowie den Ländern Hessen und Sachsen im Hinblick auf eine schnellere Einwanderung von (hoch)qualifizierten Arbeitskräften analysiert und optimiert¹⁴. Im Projekt REACH wurden die Bürokratiekosten der europäischen Chemikalienverordnung REACH unter die Lupe genommen¹⁵. Zuletzt wurden außerdem „gemeinsam mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV), der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KZBV), der Bundeszahnärztekammer (BZÄK) und dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) ... die möglichen Ursachen“ des wachsenden Bürokratieaufwands in Arztpraxen „näher ... untersuch(t)“ und Vorschläge zu seiner Reduzierung erarbeite(t)¹⁶.

Bedeutsam war auch die Zusammenarbeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Akteuren, die der Bundesregierung nicht unterstehen, die diese damit

-
- 13 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat: Kostentransparenz verbessert, Entlastung forcieren, Jahresbericht 2013, Berlin 2013, S. 61
[<http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2013-07-02-Jahresbericht%202013.pdf?blob=publicationFile&v=3>; download 21.2.2014]
- 14 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat, Statistisches Bundesamt, Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und Sachsen: Einreiseoptimierung Projektbericht über die Optimierung des Verfahrens zur Einreise von Fach- und Führungskräften aus Drittstaaten, Berlin 2011
[http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Projektberichte/2011-08-09%20Bericht%20Einreiseoptimierung.pdf?__blob=publicationFile&v=3; download 21.2.2014]
- 15 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin und des Umweltbundesamtes, Verbands der Chemischen Industrie: Schwachstellenanalyse der Registrierungspflichten durch die europäische Chemikalienverordnung REACH; Berlin 2012
[http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2012_11_30_abschlussbericht_reach.pdf?__blob=publicationFile&v=3; download 21.2.2014]
- 16 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat: Kostentransparenz verbessert, ... a.a.O., S. 57.

nicht unmittelbar anweisen kann zu kooperieren. Hier sind insbesondere die Sozialversicherungsträger und die Kammern (IHKs, Handwerkskammer) zu nennen, die mit eigener Rechtsetzung ihren Normadressaten selbständig Bürokratiekosten verursachen. Auch hier wurden Senkungspotentiale identifiziert und umgesetzt¹⁷.

Wichtig und erfolgreich war zudem die enge Verbindung mit der EU High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, die vom früheren Ministerpräsidenten Edmund Stoiber geleitet wird und auch nach ihm benannt wurde¹⁸. Der Vorsitzende des NKR, Johannes Ludewig, ist Mitglied dieser Gruppe und stellt damit eine entscheidende Beziehung zum Hauptverursacher von Bürokratiekosten in Deutschland der EU her. Immerhin ergab die Bestandsmessung, dass rd. die Hälfte der Bürokratiekosten der Wirtschaft aus Bundesrecht europäischen Ursprungs ist. Hier sind die Kosten aus unmittelbarem EU-Recht noch nicht inbegriffen. Die größten Einsparungen, insb. die Reduzierung von Aufbewahrung von Rechnungen für Umsatzsteuerzwecke und die elektronische Rechnungstellung, habe europarechtliche Hintergründe, wengleich die Mitgliedstaaten die Umsetzung jenseits von bestimmten europäisch vorgegebenen Standards selbst bestimmen. Die EU wird die Arbeitsgruppe zum 31.10.2014 auflösen¹⁹. Einige Initiativen zum Bürokratieabbau wurden zudem in abgestimmter Kooperation mit den anderen unabhängigen Räten unternommen²⁰, die z.T. auch mit der Stoiber-Gruppe verbunden sind. Gerade nach Auflösung der Stoiber-Gruppe dürfte diese Zusammenarbeit noch wichtiger werden.

4.2 Methodische und konzeptionelle Defizite

Mit dem Standardkosten-Modell hatte die Regierung 2006 auch methodisches Neuland für Deutschland betreten. Es hatte sich aber schnell als erfolgreich in

17 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat.

18 Vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-787_en.htm [download 21.2.2014]

19 Vgl. ebenda.

20 Vgl. Adviescollege toetsing regeldruk (ACTAL), The Netherlands Nationaler Normenkontrollrat (NKR), Germany Regelrådet, Sweden, Regulatory Impact Assessment Board (RIAB), Czech Republic, Regulatory Policy Committee (RPC), United Kingdom: Common Position Paper of the five European independent advisory boards for cutting red tape and better regulation, Brüssel 2012 [http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2012_09_21_fuenf_raete_positionspapier_en.pdf?blob=publicationFile&v=2; download 21.2.2014]

mehrfacher Hinsicht herausgestellt: Es war grundsätzlich in der Lage, die Bürokratiekosten für Unternehmen (in Euro mit standardisierten Stundensätzen für Beschäftigte auf vier Qualifikationsebenen über alle Branchen hinweg) und BürgerInnen (als schierer Zeitaufwand) sachgerecht zu ermitteln, um die Ziele des NKR-Gesetzes bei der ex post- und der ex ante-Gesetzesfolgenabschätzung zu erfüllen. Es hatte die Bürokratiekosten derart objektiviert, dass die Vermeidung und der Abbau unnötiger Bürokratie aus dem Spekultativen gelöst und mit konkreten Zahlen verbunden wurde. Auch für die MitarbeiterInnen der Ressorts, die die Gesetzes- und Verordnungsentwürfe erarbeiten müssen, haben nunmehr einfache Orientierungspunkte für die detaillierte Gestaltung von Rechtsvorschriften.

Insoweit müssen SKM gute Erfahrungen bei der Quantifizierung des Aufwandes für rechtlich verursachte Informationspflichten und Bürokratiekosten attestiert werden, wenngleich es in einzelnen Bereichen größere und wohl nicht mehr behebbare Probleme bei der Bestandsmessung gegeben hatte. Hier ist insbesondere das Steuerrecht anzuführen, bei dem nicht die Fallzahlen und der durchschnittliche (Zeit-)Aufwand für einzelne steuerliche Vorschriften gemessen wurden, sondern die Abgabe von Steuererklärungen als Ganzes. Zudem wurde z.B. die Pflicht zur Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung nach Steuerberatungskosten quantifiziert, was zwar nach internationalen Vorgaben zulässig ist, aber völlig unsinnig. Denn selbst wenn man das Steuerrecht radikal vereinfachen würde, würden die Bürokratiekosten nicht sinken. Man könnte allerdings die Pflicht zur Jahreserklärung abschaffen und die monatlichen und vierteljährlichen Voranmeldungen zu abschließenden Steuererklärungen aufwerten, um die Bürokratiekosten um Milliardenbeträge zu senken. Ob dies aber die tatsächliche Belastung der Wirtschaft senken oder sich durch komplizierteren Korrekturaufwand eher sogar erhöhen würde, muss bezweifelt werden.

Lange wurde außerdem nicht anerkannt, dass steuerliche Verwaltungsvorschriften, die in sog. BMF-Schreiben abgefasst sind, eigenständig den Bürokratieaufwand verändern können. Zumindest ausgewählte Vorschriften, die das Steuerrecht für den Vollzug durch die Länderfinanzverwaltungen und für die Steuerpflichtigen konkretisieren, werden inzwischen ex ante vom NKR geprüft. Da es indes gerade im Steuerrecht keine belastbaren Nachmessungen des Aufwandes zur Erfüllung steuerlicher Informationspflichten gibt – was Folge der missratenen Bestandsrechnung ist –, erscheint auch diese Form der Schätzung des Bürokratieaufwands des Steuerrechts wenig zielführend.

Konzeptionelle Probleme gibt es wohl nach wie vor auch bei der Abgrenzung und Quantifizierung des Erfüllungsaufwands. Erfasst werden soll jeglicher Aufwand in Zeit und Ressourcen, der daraus resultiert, dass ein Norma-

dressat durch Bundesrecht veranlasst wird, „... bestimmte Ziele oder Anordnungen zu erfüllen oder auch bestimmte Handlungen zu unterlassen. Dazu zählen auch Verpflichtungen zur Kooperation mit Dritten sowie zur Überwachung und Kontrolle von Zuständen, Handlungen, numerischen Werten oder Verhaltensweisen. Informationspflichten bilden eine Teilmenge der Vorgaben.“²¹ Investiver Aufwand ist in Form von Abschreibungen auf den Jahresaufwand hin zu periodisieren. Normalerweise ist der Erfüllungsaufwand für den nächsten Fünfjahreszeitraum zu ermitteln, weil sich danach auch Befolgungskosten von Recht schon in die von Normverhalten und damit in sog So-wieso-Kosten umgewandelt haben können. Zudem ist einmaliger Umstellungsaufwand zu ermitteln, der z.B. anfällt, um Computerprogramme zur Anwendung des neuen Rechts einmalig zu ändern.

Methodisch ist an der von der Bundesregierung praktizierten Methode der Quantifizierung des Erfüllungsaufwands im Rahmen des Gesamtkonzeptes der Gesetzesfolgenabschätzung einiges zu kritisieren:

- Es werden nur Kosten und Aufwand erfasst und nicht unmittelbare Nutzen resp. monetäre Erträge, die den Erfüllungsaufwand netto senken. Vor allem dann, wenn alternative Problemlösungen unterschiedliche unmittelbare Erträge aufweisen, ist die geringstbelastende Alternative nicht eindeutig bestimmbar.
- Die Ermittlung des Erfüllungsaufwands hat in Einzelfällen aufgedeckt, dass die Abgrenzung zu seiner Teilmenge für Informationspflichten zum Teil eine künstliche ist. So war die Informationspflicht für die Pflicht zur Aufbewahrung von Rechnungen im Umsatzsteuerrecht mit über 6 Mrd. Euro die teuerste Informationspflicht überhaupt. Sie reichte aber nur bis zur Abheftung der Rechnungen in Ordnern. Der übrige Erfüllungsaufwand für Aufbewahrung und späterer Vernichtung wurde in einer Sonderstudie auf 24 Mrd. Euro beziffert²². Der Grund für die künstliche und nicht überzeugende Trennung dürfte im Einsparungsziele von 25% der Bundesregierung gelegen haben, das sich um 6 Mrd. Euro erhöht hätte.

21 Vgl. Die Bundesregierung, Nationaler Normenkontrollrat, Statistisches Bundesamt: Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regierungsvorhaben der Bundesregierung, Berlin 2012
[http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/Content/DE/Publikationen/2012-10-01-leitfaden-erfullungsaufwand.pdf?__blob=publicationFile&v=5; download v. 22.2.2014]

22 Vgl. Bundesregierung: Erfüllungsaufwand im Bereich...Harmonisierung und Verkürzung der Aufbewahrungs- und Prüfungsfristen nach Handels-, Steuer- und Sozialrecht, Projektreihe Bestimmung des bürokratischen Aufwands und Ansätze zur Entlastung, Berlin 2011

- Eine weitere Bruchfuge besteht darin, dass die haushaltswirtschaftlichen Folgen von Bundesrecht methodisch anders, d.h. nicht mit SKM, sondern auf der Basis von nicht transparent dargelegten Berechnungen des BMF erfasst werden. Dies erschwert die Gesamtbeurteilung der Rechtsänderung.
- Die nach § 44 Abs. 5 S. 2 GGO vorgesehene Gender-Mainstreaming-Prüfung wird ebenfalls nicht methodisch synchron mit der Erfassung des Erfüllungsaufwands durchgeführt. Dabei würde eine Differenzierung des Erfüllungsaufwands nach Bürgerinnen und Bürgern allein schon wichtige Hinweise ergeben, ob Männer und Frauen durch Bundesrecht unterschiedlich betroffen sind. Methodisch ist eine solche Differenzierung möglich und durchaus ertragreich, wie eine Untersuchung des Lohnsteuerkartenverfahrens ergeben hat²³.
- Des weiteren sind Gesetzentwürfe aus Bundestag und Bundesrat ohne verpflichtende Gesetzesfolgenabschätzung. Zwar können die einbringende/n Fraktion/en des Bundestages nach § 4 Abs. 3 Satz 2 NKRG den Rat anrufen und eine Quantifizierung des Erfüllungsaufwands erbitten, dieses Recht wurde bislang aber nur einmal beim Entwurf des Korruptionsregister-Gesetzes der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN in Anspruch genommen²⁴. In der Vergangenheit wurden gerade konflikträchtige und eilbedürftige Gesetze der Regierung über die Fraktionen ins Parlament eingebracht, die dann ohne die sonst erforderlichen Daten der Gesetzesfolgenabschätzung verhandelt wurden. Ein Beispiel hierfür war die Erbschaftsteuerreform, deren Bürokratiekosten für die Wirtschaft der NKR später auf Bitte des Wirtschaftsausschusses mit zusätzlichen 9,4 Mio. Euro zzgl. 28 Mio. Euro für Wertgutachten quantifiziert hat²⁵.

[http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/Buerokratieabbau/2012-06-22-projektbericht-4.pdf?__blob=publicationFile, download v. 25.2.2012]

- 23 Vgl. *Färber, Gisela/Salm, Marco*: Gesetzesfolgenabschätzung unter der Genderperspektive – am Beispiel des Faktorverfahrens nach § 39f EStG; Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Speyerer Forschungsberichte 274, Speyer 2013 sowie grundsätzlicher *Färber, Gisela*: Gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung im Steuerrecht; in: Spangenberg, Ulrike/Wersig, Maria (Hrsg.): *Geschlechterverhältnisse steuern – Perspektivenwechsel im Steuerrecht*, Berlin 2013, S. 211-228.
- 24 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat: *Kostentransparenz verbessert, ...*, a.a.O., S. 69.
- 25 Vgl. Nationaler Normenkontrollrat: *Gutachten des Nationalen Normenkontrollrates zu den Bürokratiekosten des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts*, Berlin 2010.

- Die institutionell größte Lücke der Gesetzesfolgenabschätzung der Bundesregierung und der Prüfung des Erfüllungsaufwands durch den Normenkontrollrats liegt derzeit allerdings in der völlig unzureichenden und unrealistischen Abschätzung der Kosten des Vollzugs durch Länder und Gemeinden. Der NKR sagt hierzu in seinem Jahresbericht 2013: „So entfallen von der Gesamtbelastung (des Vollzugs durch neues Bundesrecht; Anm. der Verf.) von 310 Mio. Euro 245 Mio. Euro auf den Bund und 65 Mio. Euro auf Länder und Kommunen. Diese Kostenverteilung zwischen Bund und Ländern ist nur unzureichend ermittelt und deshalb wenig aussagekräftig, da der weit überwiegende Teil der Gesetze von den Ländern vollzogen wird, was sich in der Kostenverteilung widerspiegeln sollte.“²⁶

Nach wie vor weiß der Bund wenig über den durch seine Rechtsetzung verursachten Erfüllungsaufwand bei den vollziehenden Verwaltungen von Bund und Ländern, was auch daran liegt, dass die Länder bislang nur sehr unzureichend mit der Methodik des SKM und seinen Nutzungsmöglichkeiten zur Schaffung von Transparenz vertraut sind. Es gibt derzeit auch noch keine Untersuchungen von einzelnen Gesetzen wie z.B. die U3-Betreuung, wobei hier auch die großen Unterschiede zwischen den Ländern bei der Umsetzung von Bundesrecht in ihrem Vollzug gemessen werden müssten. So wird der „Qualitätsregelkreis“ nicht geschlossen, die Gesetzesfolgenabschätzung ist mithin nicht vollständig. Auch für die zuletzt vom Staatssekretärsausschuss beschlossenen Regelevaluierungen von Bundesrecht drei Jahre nach Inkrafttreten²⁷ bleibt unklar, wie selbständige der Vollzug durch Länder und Gemeinden dann gemessen werden soll.

4.3 Nachlassende „Schlagkraft“ von Konzept und Institutionen?

Die Wirksamkeit der Objektivierung der Bürokratiekosten durch ihre Messung mit SKM und durch das Konzept eines unabhängigen „watch-dogs“ in der Institution des NKR für den Abbau bürokratischer Belastungen aus Informationspflichten dürfte unstrittig sein und auch den Aufwand dafür weit übersteigen. Das 25%-Ziel (netto) der Bundesregierung wurde mit Mühe erreicht, auch wenn bis Ende 2011, dem Zielzeitpunkt, noch nicht alles umgesetzt war. Den letzten großen „Brocken“ ergab dann die elektronische Rechnungsstellung im Umsatzsteuerrecht, die ein milliardenschweres Entlastungsvolumen erbrachte.

26 Nationaler Normenkontrollrat: Kostentransparenz verbessert, ..., a.a.O., S. 41.

27 Vgl. ebenda, S. 65. Die Evaluierungspflicht gilt für alle Gesetze, die nach dem 1. März 2013 in die Ressortabstimmung gegangen sind.

Nicht so ganz nachvollziehbar ist allerdings, warum die Bundesregierung 2012 anstelle einer Aktualisierung der Bestandsmessung und der Ausgabe eines weiteren Abbauziels auf ein Konzept eines nach außen wenigstens völlig intransparenten Bürokratiekosten-Index übergegangen ist. Dieser hat die Basis 1.1.2012 und stand im Januar 2014 bei 100,32. Es geht also nicht mehr um einen weiteren Bürokratiekostenabbau für die Wirtschaft, sondern nur noch darum, „... das bis Ende 2011 erreichte niedrige Belastungsniveau auch in Zukunft (zu) halten“.²⁸

Nimmt man sich die Bundestagsdrucksachen mit den Gesetzesentwürfen vor, dann fällt auf, dass der Erfüllungsaufwand darin nicht (mehr) transparent dargestellt ist. Es werden nur noch Gesamtzahlen angegeben, jedoch keine Fallzahlen, keine Teilaktivitäten, d.h. keinen der Parameter, die die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit der SKM-Methodik und damit auch ihre Glaubwürdigkeit auszeichnen. Für die Normadressaten, die sich z.B. darüber informieren wollen, was ein neues Gesetz oder eine Gesetzesänderung für sie als Standardadressat beim Erfüllungsaufwand bedeutet, ergibt sich keine überprüfbare Datenbasis mehr. Insoweit hat die Gesetzesfolgenabschätzung in Sachen Transparenz und Nachprüfbarkeit gegenüber den Zeiten, als nur der Aufwand für die Befolgung von Informationspflichten Gegenstand war, eindeutig gelitten.

Seit der Einführung der Schätzung des Erfüllungsaufwands im Juli 2011 hat dieser in der Summe auch zugenommen: Im November 2013 lag der Erfüllungsaufwand für Bundesrecht per Saldo um 3,2 Mrd. Euro über dem vom Juli 2011, im November 2012 hatte der Zuwachs nur 1,3 Mrd. Euro netto betragen. „Neuregelungen im Zusammenhang mit Energiewende und Finanzmärkten waren dabei die größten Kostentreiber. Allein die neuen Energieeinsparvorschriften für Neubauten stehen für rd. 1 Mrd. Euro Zusatzkosten. Entlastungen brachten die Abschaffung der Praxisgebühr und Vereinfachungen bei der Fahrzeugabmeldung.“²⁹

Dem Vernehmen nach sind auch die Qualität und die Intensität der Quantifizierung des Erfüllungsaufwands durch die Ressorts recht unterschiedlich, was zum Teil auch sicher an der Komplexität der jeweiligen Materie sowie an der Zugänglichkeit der Vollzugsebene zu den Quantifizierungstechniken liegt. Außerdem ist die Motivation der Ministerialbeamten bei Gesetzen, die zusätzlichen Erfüllungsaufwand in erheblichem Umfang mit sich bringen, aus der

28 Statistisches Bundesamt: Bürokratiekostenindex
[<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Buerokratiekosten/Ergebnisse/Buerokratiekostenindex/Buerokratiekostenindex.html>; download 2.3.2014]

29 Nationaler Normenkontrollrat: Kostentransparenz verbessert, ..., a.a.O., S. 5.

Natur der Sache heraus nicht unbedingt die positivste, denn man muss immerhin bei den Regelungsvorhaben belastende Normen vertreten, zumal weder der unmittelbare noch der gesamtwirtschaftliche Nutzen davon ebenfalls quantifiziert und ausgewiesen wird.

So erscheinen die freiwilligen Projekte zum Erfüllungsaufwand (u.a. von Beauftragten im Unternehmen³⁰, zum Erfüllungsaufwand des Einkommensteuerrechts für BürgerInnen³¹), die im Übrigen nicht mehr mit offizieller Beteiligung des NKR durchgeführt wurden, ohne größere öffentliche Resonanz. Sie werden häufig auch nicht als Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge aufgefasst, sondern dienen eher der Methodik der vereinfachten Ermittlung des Erfüllungsaufwands, nicht aber der systematischen Vermeidung der Gesamtsumme der Lasten aller Normadressaten. So wäre z.B. beim Projekt Vollzugsaufwand des Steuerrechts³² zu erwarten gewesen, dass einmal ermittelt worden wäre, welches denn die vollzugsaufwendigsten Steuerparagrafen und welches ihre systematischen Merkmale sind. Das scheint aber nicht gemacht worden zu sein.

5. NKR: Wann greift die ideelle Sunset-Klausel?

Ziel aller Prozeduren, Institutionen und Prozesse der Gesetzesfolgenabschätzung der Bundesregierung ist eine Rechtsetzung, die zielgenauer und belastungsärmer für die Normadressaten ausfällt. Die Routinisierung der Gesetzesfolgenabschätzung und ihre methodische Standardisierung bilden die Grundlage dafür, dass der Prozess der Rechtsetzung erstens auf einem qualitativ hohen Niveau durchgeführt wird und zweitens auch von den anderen beteiligten Akteuren, ins. auch in der Legislative, nachvollzogen und beurteilt werden kann. Ein unabhängiger Methoden- und Qualitätsprüfer wie der NKR, der

30 Vgl. Die Bundesregierung, Statisches Bundesamt: Erfüllungsaufwand im Bereich Betriebliche Beauftragte; Berlin 2011
[https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Buerokratiekosten/Download/BetrieblicheBeauftragte.pdf?_blob=publicationFile; download 2.3.2014]

31 Vgl. Die Bundesregierung, Statisches Bundesamt: Erfüllungsaufwand im Zusammenhang mit Steuererklärungen, steuerlichen und zollrechtlichen Nachweispflichten, Berlin 2012
[https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Buerokratiekosten/Download/Steuererklaerungen.pdf?_blob=publicationFile; download 2.3.2014]

32 Vgl. Bundesministerium der Finanzen: Vollzugsaufwand der Steuerverwaltung - Ermittlung im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren, Berlin 2013
[http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Organisation_Automation/vollzugsaufwand-der-steuerverwaltung-anlage-01.pdf?_blob=publicationFile&v=2; download 2.3.2014]

durch seine Prüftätigkeit dafür sorgt, dass die Gesetzesfolgenabschätzung zunächst zielführend entwickelt wird und sich dann auch als Regelverfahren mit dem notwendigen Know-how durchsetzt, wird dann nicht mehr benötigt, wenn diese Gesetzesfolgenabschätzung selbst trotz ihres zusätzlichen Arbeitsaufwandes zum überzeugten Standard geworden ist. Wenn also die Methoden vollständig ausgereift sind und die Prozesse durchgängig auf einem angemessenen Qualitätsniveau durchgeführt werden, dann kann der NKR aufgelöst werden.

Einen Teil seiner Aufgaben hat der NKR bereits erfolgreich erledigt. Beim Abbau der durch bundesrechtlich bedingte Informationspflichten verursachten Belastungen hat der Rat durch seine institutionelle Konstruktion und Beteiligung im ex-ante-Verfahren, aber auch durch die von ihm betriebene Politik des „Förderns und Forderns“ bei politischer Neutralität trotz anfangs großer Widerstände der Ressorts entscheidend zum Erfolg des Programms beigetragen, wobei unabdingbare Voraussetzung dafür das auch öffentlich bekundete Kommittent der Bundesregierung war.

Diese Durchschlagskraft hat der Rat allerdings offensichtlich nach der Erweiterung der Gesetzesfolgenabschätzung u.a. auf Erfüllungsaufwand noch nicht wieder erreicht. Ursache hierfür könnten die noch bestehenden o.a. methodischen Defizite beim Erfüllungsaufwand selbst wie auch die ebenfalls aufgezeigten konzeptionellen Lücken sein. Sie bedrohen nicht nur die Qualität der Ergebnisse der Gesetzesfolgenabschätzung, sondern dann, wenn sie nicht zeitnah beseitigt werden, auch die politische Relevanz der Verfahren einer besseren Rechtsetzung. Kritisch muss hier auch die „angezogene Handbremse“ der Bundesregierung bei einem weiterem Bürokratieabbau angesehen werden, die – zumindest aus Sicht der Öffentlichkeit – nur auf „milden Protest“ des NKR trifft.

Indes hat sich herausgestellt, dass die Abschätzung und Messung des Erfüllungsaufwands doch wohl schwieriger ist als ursprünglich gedacht. Ursache ist der föderale Staatsaufbau Deutschlands, der Gesetzgebung und Vollzug in weiteren Bereichen systematisch auf den Bund einerseits und Länder und Kommunen andererseits trennt. Bessere Rechtsetzung kann im Rahmen der föderalen Verfassung Deutschlands aber nicht vom Bund allein betrieben werden, die Kooperation der Länder wird benötigt. Mehr noch: die Fortsetzung der Gesetzesfolgenabschätzung auf Länderebene aus deren eigener Zuständigkeit heraus, wenn diese Gesetze des Bundes in Landesrecht umsetzen, ist erforderlich, wenn der Prozess der besseren Rechtsetzung einen vollständigen Qualitätsregelkreis durchlaufen soll, der seinerseits Voraussetzung für die Qualitätssicherung der Rechtsetzung ist.

Vor diesem Hintergrund wird der NKR noch einige Zeit gebraucht werden. Denn Länder und Gemeinden verfügen derzeit noch nicht einmal über

hinreichende Grundkenntnisse, um ihren Part bei einer vollständigen Gesetzesfolgenabschätzung ex ante und ex post übernehmen zu können. Da der Bund, wenn er dies denn wollte, Länder und Gemeinden auch nicht dazu zwingen kann, den Erfüllungsaufwand von Bundesrecht zu ermitteln, ist Überzeugungskraft und Vertrauen vonnöten, um den vollziehenden Ebenen die Vorteilhaftigkeit solchen Tuns zu vermitteln. Dies kann vernünftigerweise auch nur über Projekte geschehen, bei denen alle Beteiligten lernen, welche neuen Erkenntnisse zu erwarten sind und welche Folgen dies auslösen wird. Nach den Erfahrungen mit den „Einfacher zu ...“-Projekten ist der NKR der ideale Partner zur Koordinierung solcher Vorhaben. Denn er besitzt die Unabhängigkeit nicht nur von der Bundesregierung und von den gesetzgebenden Körperschaften auf Bundesebene, sondern gleichermaßen auch von den Bundesrecht umsetzenden Ländern. Insoweit muss er die Länder und ihre Kommunen durch die Überzeugungskraft der Materie zum Mitmachen überreden. Das ist ihm früher schon gelungen, und das müsste er erreichen, wenn das Projekt „Bessere Rechtsetzung“ mit wohlfahrtssteigernden Ergebnissen weitergeführt werden soll.

Schuldet der Gesetzgeber nur ein wirksames Gesetz oder auch ein gutes Gesetzgebungsverfahren?

em. Prof. Dr. Dr. *Detlef Merten*

I. Einleitung

Die Frage, ob der Gesetzgeber – aus konstitutionellen, nicht nur aus legislativen Gründen – lediglich die Wirksamkeit des Gesetzes oder auch ein „gutes“, ein optimales Gesetzgebungsverfahren schuldet, stellt sich nicht neu, ist aber wegen einiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹ aus jüngerer Zeit wieder aktuell.

Hatte der Verfassungsstaat mit der „Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers“² gebrochen, so musste die Legislative um der Rechtsstaatlichkeit willen³ folgerichtig an die „verfassungsmäßige Ordnung“ (Art. 20 Abs. 3 GG) und an die Grundrechte gebunden werden (Art. 1 Abs. 3 GG⁴). Damit ergänzt der „Vorrang der Verfassung“⁵ den rechtsstaatlichen „Vorrang des Gesetzes“ im Stufenbau der Rechtsordnung. Verfassungsgerichtlich wird die Derogationskraft der *lex superior* insbesondere durch die Normenkontrolle und die Ver-

1 Vgl. BVerfGE 125, 175 (225); 131, 152 (205); 132, 134 (162 f.) BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 ff.; auch E 130, 212 (234).

2 RGZ 118, 325 (327); 139, 177 (189).

3 Vgl. BVerfGE 45, 187 (246).

4 *Merten*, Art. 1 Abs. 3 GG als Schlüsselnorm des grundrechtsgeprägten Verfassungsstaates, in: *Sachs/Siekmann* (Hrsg.), *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat*, Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 483 ff.

5 Vgl. *Wahl*, *Der Vorrang der Verfassung*, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; *ders.*, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, in: *NVwZ* 1984, S. 401 ff.; *ders.*, *Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*, in: *JuS* 2001, S. 1041 (1043 ff.); *Stern*, *Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit*, 1984, S. 20 f.; *Starck*, *Verfassung und Gesetz*, in: *ders.*, *Rangordnung der Gesetze*, 1995, S. 29 ff.; *Horst Dreier*, *Gerhard Anschütz (1867–1948), Staatsrechtslehrer in Zeiten des Umbruchs*, in: *Ulmer* (Hrsg.), *Geistes- und Sozialwissenschaften in den 20er Jahren: Heidelberger Impulse*, 1998, S. 89 (107 ff.); *Christian Hermann Schmidt*, *Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie*, 2000; *Friederike Valerie Lange*, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, 2010, S. 91.

fassungsbeschwerde gesichert, womit das Grundgesetz die Verfassungsgerichte zum Hüter der Verfassungsherrschaft bestellt, ohne jedoch eine „freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie der Dritten Gewalt“ zu begründen⁶.

Für die gestärkte Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit macht es einen Unterschied, ob die Güte der Gesetzgebungsmethode eine Verfassungspflicht oder nur eine politisch-ethische Sorgfaltspflicht des Gesetzgebers darstellt. Der Verfassungstext beantwortet diese Frage nicht ausdrücklich. Er widmet sich nur dem formellen Verfahren der Rechtsetzung, so dass Bestimmungen über das innere Verfahren der Normsetzung, über die bei ihr zu beachtende Methode fehlen. Deshalb kann auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle nur eine Ergebnis- und keine Verfahrenskontrolle sein. Allerdings muss die Legislative vorhandene verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gesetzgebung um der demokratischen Legitimation⁷ willen uneingeschränkt beachten, so dass ein Verstoß hiergegen entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur dann zur Nichtigkeit eines Gesetzes führt, „wenn er evident ist“⁸.

Neuere Grundrechtskataloge wie die EU-Grundrechtecharta kennen zwar das „Recht auf eine gute Verwaltung“ (Art. 41)⁹, das letztlich die jahrhundertalte Forderung einer „guten policey“, d.h. einer sicheren, dem friedlichen Zusammenleben dienenden Ordnung¹⁰ widerspiegelt, nicht aber ein Recht auf gute Gesetzgebung¹¹. Auch soweit das Grundgesetz Gesetzgebungsaufträge

6 So aber *Geiger*, Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit, in: DÖV 1952, S. 481; hiergegen *Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963), S. 67. Zur Gleichwertigkeit der rechtsprechenden Gewalt mit Gesetzgebung und Verwaltung BVerfGE 26, 141 (155).

7 BVerfGE 120, 56 (78).

8 BVerfGE 34, 9 (25); 91, 148 (175); 120, 56 (79); hiergegen auch *Papier*, Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, 1973, S. 22 ff.

9 Vgl. in diesem Zusammenhang *Karpen*, Good Governance, in: European Journal of Law Reform, 2010, S. 16 ff.

10 Vgl. v. *Justi*, Der Grundriß einer guten Regierung in fünf Büchern, Frankfurt u.a. 1759; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013, S. 5 ff.; *Kne-meyer*, Polizeibegriff in den Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, in: AöR 92 (1967), S. 165 ff.; *Merten*, Art. Polizei, in: Staatslexikon in fünf Bänden, 7. Aufl., Bd. IV, 1988, Sp. 500 (501). Wüst (Hrsg.), Die „gute“ Policey im Reichskreis. Zur frühmodernen Normensetzung in den Kernregionen des Alten Reiches; Härter/Stoll-eis (Hrsg.), Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit – mit mehreren Einzelbänden seit 1996.

11 Hierzu *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, 2006, passim, insb. S. 287 ff.; *Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996; Griffel (Hrsg.), Vom

mit teilweise inhaltlichen Vorgaben statuiert¹², äußert es sich grundsätzlich¹³ nicht zu Fragen der Gesetzgebungsmethode. Methodenfragen sind aber nicht nur für die Normeninterpretation und Normenkontrolle, sondern auch für die Normsetzung von Bedeutung.

II. Anforderungen aus Verfassungsprinzipien und Verfassungsgrundsätzen

So verbleiben nur die Verfassungsprinzipien und fundamentalen Verfassungsgrundsätze als Prüfungsgrundlage für aus der Verfassung fließende Anforderungen an die legislatorische Tätigkeit. Hierfür kommen in erster Linie das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Übermaßverbot als Schrankenschanke in Betracht.

1. Demokratieprinzip

Das Grundgesetz hat sich gegen die von Emotionalität geprägte plebiszitäre Demokratie und für die stärker von Rationalität¹⁴ getragene repräsentative Demokratie entschieden. Für sie ist ein notwendiger Zurechnungszusammenhang

Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014; hierin auch *Jörg Paul Müller*, *Gute Gesetzgebung in der Demokratie – Chancen und Risiken*, S. 75 ff.; *Mastronardi*, *Verfassungslehre. Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, 2007; auch BVerfGE 113, 273 (345); 127, 165 (216).

- 12 Vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 2, Art. 6 Abs. 5, Art. 12 a Abs. 2 Satz 3, Art. 21 Abs. 3, Art. 23 Abs. 7, Art. 26 Abs. 2 Satz 2, Art. 29 Abs. 6 Satz 2 und Abs. 7 Satz 2, Art. 38 Abs. 3, Art. 41 Abs. 3, Art. 45 b Satz 2, Art. 48 Abs. 3 Satz 3, Art. 54 Abs. 7, Art. 91 a Abs. 3 Satz 3, Art. 91 e Abs. 3, (hierzu BVerfG v. 7.10.2014, DVBl. 2014, S. 1534 ff.); Art. 94 Abs. 2, Art. 95 Abs. 3 Satz 2, Art. 96 Abs. 2 Satz 3, Art. 98 Abs. 1, Art. 104 Abs. 2 Satz 4, Art. 104 a Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 Satz 4, Art. 106 Abs. 5 Satz 2 und Abs. 5 a Satz 3, Art. 106 b Satz 2, Art. 107 Abs. 2, Art. 108 Abs. 1 und Abs. 5, Art. 109 Abs. 5 Satz 3, Art. 112 Satz 3, Art. 114 Abs. 2 Satz 3, Art. 120 Abs. 1, Art. 131, Art. 134 Abs. 4, Art. 135 Abs. 6 Satz 2, Art. 137 Abs. 2, Art. 143 b Abs. 3 Satz 3, Art. 143 c Abs. 4, Art. 143 d Abs. 3 Satz 2 GG.
- 13 Allerdings entnimmt BVerfGE 128, 1 Ls. 2 (37) im Hinblick auf den in Art. 20 a GG enthaltenen Auftrag, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen, eine „besondere Sorgfaltspflicht“ bei der Beurteilung der Folgen eines Einsatzes von Gentechnik.
- 14 Zur Versachlichung und Kultivierung durch Repräsentation s. auch *Zippelius*, *Verhaltenssteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen*, 2004, S. 107; s. ferner *Lienbacher/Grzeszick*, *Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat*, in: VVDStRL H. 71, 2012, S. 7 ff. und S. 49 ff.;

zwischen Volk und staatlicher Herrschaft unerlässlich, der durch „die Wahl des Parlaments“ und „die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt“ dokumentiert¹⁵ und vom Parlament gegenüber den Bürgern verantwortet wird¹⁶. Daraus lässt sich jedoch noch keine Sicherstellung eines „möglichst rationalen Einzelhandelns“ gewinnen¹⁷. Lediglich idealtypisch soll durch die der Öffentlichkeit zugängliche parlamentarische Auseinandersetzung und Entscheidungssuche, durch das „öffentliche[s] Verhandeln von Argument und Gegenargument“¹⁸, durch Debatte und Diskussion, Rede und Gegenrede ein Ausgleich widerstreitender Interessen und ein sachgerechtes Ergebnis erzielt werden¹⁹. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht bei engen Zeiträumen für den Gesetzgeber eine Gefahr, „dass die Alternativen nicht in der notwendigen Weise bedacht und erörtert werden können“²⁰. Das Parlament muss „Notwendigkeit und Umfang der zu beschließenden Maßnahmen klären“, aber auch die Öffentlichkeit soll vorausgehend Gelegenheit haben, „ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“²¹.

Allerdings ist die dem Repräsentativsystem zugrunde liegende These einer Richtigkeit oder Gerechtigkeit des Gesetzes infolge Diskussionsverfahrens nur staatsrechtliche Lehrmeinung, nicht Verfassungsbestandteil. So wird ein Gesetz nicht dadurch verfassungswidrig, dass die Parlamentsmehrheit sich von zutreffenden Argumenten der Minderheit oder von überzeugenden Sachverständigengutachten nicht überzeugen lässt oder sogar von vornherein nicht überzeugen lassen will. Angesichts einer immer komplizierteren und differen-

Reyes y Ráfales, Das Umschlagen von Rationalitätsdefiziten in Verfassungsverletzungen, in: *Der Staat* 52 (2013), S. 597 ff.; *Kluth*, Entwicklung und Perspektiven der Gesetzgebungswissenschaft, in: ders./Klings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 1 RN 80 ff.

15 Vgl. BVerfGE 93, 37 (66); BVerfG v. 6.5.2014, NVwZ 2014, S. 1306 (1313 RN 168); auch E 33, 125 (159); 107, 59 (94).

16 BVerfGE 131, 152 (205).

17 So aber *Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), *Hamburg–Deutschland–Europa*, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 173 (177). Widersprüchlich *Burghart* (FN 11), S. 202, nach dem der Gesetzgeber einerseits „ein sorgfältiges Verfahren“ „schuldet“, andererseits diese „Schuld“ aber keine „eigenständige Bedeutung“ haben soll.

18 BVerfGE 131, 152 (205); 70, 324 (355).

19 Hierzu auch BVerfGE 84, 304 (329); *Zippelius*, Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, 1987, insb. S. 29 f.; *von Arnim*, Zur „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1987, S. 1241 (1244).

20 BVerfGE 121, 266 (316).

21 BVerfGE 131, 152 (205).

zierteren Gesetzgebung (z.B. im Steuerrecht, Sozialrecht oder Wirtschaftsrecht) vergrößert sich das „Sachverstandsdefizit“²² der Volksvertreter und wächst der Konformitätsdruck der Fraktionsführungen. Dennoch führt die Gefolgschaftstreue von Abgeordneten, die sich Empfehlungen der Fraktionsführung anschließen, auch wenn sie sie selbst für unrichtig oder inopportun halten, nicht zur Mangelhaftigkeit des Gesetzes. Denn innerhalb der Verfassungsgrenzen macht nicht die Richtigkeit des Gesetzesinhalts, sondern die staatliche Hoheitsmacht den Gesetzesbeschluss zum Gesetz: „... *Authoritas non Veritas facit Legem*“²³.

2. Rechtsstaatsprinzip

Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass gesetzliche Regelungen klar²⁴ und bestimmt²⁵, berechenbar²⁶ und vorhersehbar²⁷ sein müssen, was Art. 103 Abs. 2 GG nochmals für strafbares Handeln (einschließlich der Strafandrohung)

22 Hierzu *Scholz*, Politik und Sachverstand, in: Herdegen/H.H. Klein/Papier/Scholz (Hrsg.), Staatsrecht und Politik, FS Herzog, 2009, S. 473 (474); hierauf bezieht sich auch *H.H. Klein*, Gesetzgebungsverfahren, in: Heun/Starck (Hrsg.), Das Gesetz, 2012, S. 81 (84 FN 22).

23 *Hobbes*, Leviathan (lat.), Amsterdam 1670, Cap. 26, S. 133 oben.

24 Vgl. BVerfGE 118, 168 (187); 121, 266 (316); 122, 304 (311); 125, 260 Ls. 2, 3 (325); 130, 151 (205); 133, 277 (337).

25 Vgl. BVerfGE 134, 242 (293 RN 174); 134, 141 (184 RN 126); 133, 112 (132 RN 54); 132, 195 (250 RN 134); 131, 316 (343); 130, 263 (301); 130, 151 (202 f.); 130, 1 (36); 129, 1 (23); 128, 282 (317); 118, 168 (187); 117, 71 (113); 108, 186 (235); 103, 332 (384); 83, 130 (145); 78, 203 (212); 59, 104 (114); 49, 168 (181). S. auch Grote, Allgemeinheit und Bestimmtheit der Gesetze, in: Heun/Starck (FN 22), S. 137 ff.

26 Vgl. BVerfGE 4, 352 (357); 5, 25 (31); 7, 67 (82); 7, 306 (314); 21, 73 (79); 21, 209 (215); 21, 245 (261); 27, 1 (8); 34, 293 (302); 35, 348 (358); 35, 382 (400); 37, 132 (142 f.); 49, 89 (134); 49, 168 (181 f.); 50, 290 (378); 52, 1 (41); 75, 329 (341); 90, 107 (124); 101, 158 (215); 108, 186 (237); 111, 54 (113); 112, 118 (147).

27 Vgl. BVerfGE 7, 282 (302); 10, 251 (257); 23, 265 (270); 29, 198 (212); 41, 251 (266); 42, 191 (200); 45, 142 (168); 45, 346 (353); 48, 1 (24); 55, 207 (226); 58, 257 (277); 65, 1 (64); 73, 206 (243, 244); 73, 261 (273); 74, 129 (158); 76, 256 (350); 78, 249 (272); 78, 374 (382); 92, 1 (24); 105, 135 Ls. 1, 4 (154, 156); 108, 186 (237); 109, 133 (171); 110, 1 (32); 112, 185 (210, 212, 214); 113, 167 (269); 113, 348 (376); 116, 24 (57); 118, 1 (19); 123, 267 (393); 125, 260 (346); 126, 286 (313); 127, 31 (50); 131, 268 (309); 132, 302 (324); 133, 277 (349); 134, 33 (72).

ausdrücklich vorsieht²⁸. Daraus folgt eine legislatorische Pflicht zur Normenklarheit²⁹ und Normenwahrheit³⁰, weshalb Gesetze nicht widersprüchlich, irreführend oder missverständlich sein dürfen³¹. Was nicht verständlich ist, kann auch nicht befolgt werden³², wobei im übrigen „Vieles gemeinem Verstand Unverständliche [...] seinen Urquell im Unverstand“ hat³³.

Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes sieht das Bundesverfassungsgericht³⁴ darin, dass es „in seiner formellen Allgemeinheit rational-planmäßig die Zukunft“ gestaltet, „eine gewisse Dauerhaftigkeit der Regel“ voraussetzt, deren Anwendung „auf eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle“ erstreckt, „damit Distanz zu den Betroffenen“ wahrt, „die Aufmerksamkeit des regelnden Organs dem auch für die Zukunft verpflichtenden Maß“ zuwendet und „die Erstzuständigkeit des Gesetzgebers bei der Verfassungsinterpretation“ verwirklicht. So verlangt das Gericht, dass „sachliche, verstandesmäßig fassbare Gründe“ ein Eheverbot zu rechtfertigen vermögen³⁵ oder fordert „ein rational nachvollziehbares, sicheres Urteil über die Verfolgungsfreiheit“ in einem Staat durch den Gesetzgeber, auch wenn Art. 16 a Abs. 3 Satz 1 GG

28 Vgl. BVerfGE 105, 135 (153 f.); 126, 170 (194 ff.).

29 BVerfGE 21, 73 (79); 27, 1 (8); 62, 169 (183); 108, 1 (20); 108, 52 (53 Ls. 2, 74 f.); 108, 169 Ls. (181); 114, 196 Ls. 2 (236); 114, 303 (313); 118, 168 Ls. (186); 119, 331 (366); 120, 274 (302, 315 ff., 342); 120, 378 (401, 422); 121, 266 (316); 122, 304 (311); 124, 43 (60, 66); 125, 260 Ls. 2 (325); 126, 170 (195); 127, 335 Ls. (356, 62); 129, 1 (23); 130, 1 (36); 130, 151 (184); 131, 88 (122 f.); 132, 334 (354 f.); 133, 277 (340); *Emanuel Vahid Towfigh*, Komplexität und Normenklarheit, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 29 ff. *Drüen*, Normenwahrheit als Verfassungspflicht?, in: *ZG* 24 (2009), S. 60; *Meyer*, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze. Die Normenwahrheit – ein neuer Verfassungsrechtsbegriff und dessen Folgen für ein altes Problem, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 278 ff.

30 BVerfGE 107, 218 (256); 108, 1 (20); 114, 196 (236 f.); 118, 277 (366); 132, 334 (350).

31 Vgl. BVerfGE 1, 14 (16 Ls. 14, 45); 5, 25 (33); 17, 306 (314); 91, 148 (163); 98, 83 (97); 98, 106 (118); 98, 265 (301); 108, 52 (75); 108, 169 (181); 110, 94 Ls. 2 (113); 113, 167 (271); 113, 348 (372, 375); 114, 196 (252); 119, 331 (366); 121, 241 (263).

32 Vgl. *Herzog*, Gesetzgebung und Einzelfallgerechtigkeit, in: *NJW* 1999, S. 25 f.; s. auch *Fleiner-Gerster*, Wie kann man einfache und verständliche Gesetze schreiben?, in: *Georg Müller u.a. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 493 ff. BVerfGE 121, 266 (316): „verständliche Grundlage“.

33 *Friedrich von Bodenstedt*, Die Lieder des Mirza-Schaffy, 1851, Lieder und Sprüche der Weisheit, Nr. 16.

34 E 101, 158 (217 f.).

35 BVerfGE 36, 146 (163).

„keine Regelung für das vom Gesetzgeber zu beobachtende Verfahren“ enthält³⁶. Allerdings räumt das Gericht auch ein, dass die Festlegung eines Strafrahmens „auf einem nur in Grenzen rational begründbaren Akt gesetzgeberischer Wertung“ beruhe³⁷.

Rechtsstaatliche Berechenbarkeit heischt schließlich Einsehbarkeit, weshalb bereits das Preußische Allgemeine Landrecht die Publikation der Gesetze als Voraussetzung für deren Verbindlichkeit geboten hat³⁸. Allerdings muss der Gesetzgeber seine Gesetze nicht begründen und deshalb auch nicht bekunden, „welche Folgen er bedacht hat“³⁹.

3. Allgemeiner Gleichheitssatz

Das rechtsstaatliche Prinzip rationaler Gesetzgebung wird durch das Verbot willkürlicher Rechtsetzung ergänzt, das im Staat–Bürger–Verhältnis aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt⁴⁰. Willkürlich ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Regelung insbesondere dann, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“⁴¹, vor allem aber, wenn eine „Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist“⁴². Damit wird das Willkürverbot letztlich zu einem Gebot legislatorischer Sachlichkeit oder Sachgerechtigkeit⁴³. Wegen Fehlens eines sachlichen Grundes hat der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalens⁴⁴

36 BVerfGE 94, 115 (141, 158).

37 BVerfGE 50, 125 (140).

38 § 10 Einl. ALR.

39 So BVerfGE 49, 89 (129 oben).

40 Vgl. zuletzt BVerfGE 132, 99 (132); auch E 78, 232 (248).

41 Vgl. schon BVerfGE 1, 14 (16 Ls. 18, 52); aus jüngerer Zeit E 117, 302 (311).

42 BVerfGE 89, 132 (142); s. auch E 55, 72 (90); 52, 277 (281); 83, 15 (23).

43 Vgl. BVerfGE 118, 79 (101); s. auch E 26, 1 (8); 53, 313 (329); 75, 108 (157); 78, 249 (287); 93, 319 (348); 99, 367 (389); 103, 310 (318); 105, 73 (126 f.); 107, 133 (145); 108, 186 (233); 110, 370 (398 f.); 125, 175 (235 f.); 126, 77 (112); 128, 138 (156).

44 Urt. v. 1.7.2014, DVBl. 2014, S. 1059 (1064 RN 88).

ein Besoldungsanpassungsgesetz⁴⁵ mit erheblichem Anpassungssprung zwischen den Besoldungsgruppen A 10 und A 11 sowie einem Absehen von jeder Anpassung ab Besoldungsgruppe A 13 für verfassungswidrig erklärt.

Ferner ist der Gesetzgeber gehalten, einen Grundgedanken, „der für die rechtliche Normierung eines bestimmten Lebensbereichs leitend ist, folgerichtig und gleichmäßig durchzuführen“⁴⁶. Diese Systemgerechtigkeit verbietet willkürliche Inkonsequenz und Prinzipienuntreue. Systemänderungen oder Systemdurchbrechungen, die das System als solches unangetastet lassen, aber ihm für einen Fall oder für bestimmte Sachverhalte nicht folgen, sind zwar nicht schlechthin verfassungswidrig, können jedoch Indiz für eine willkürliche und gleichheitswidrige Regelung sein, wenn in der Abweichung keine vernünftigen Kriterien zum Ausdruck kommen⁴⁷.

Allerdings verlangt Art. 3 Abs. 1 GG vom Gesetzgeber nicht, die „zweckmäßigste“, „vernünftigste“ oder „gerechteste“ Lösung zu wählen⁴⁸, so dass er

45 Gesetz zur Anpassung der Dienst- und Versorgungsbezüge 2013/2014 sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften im Land Nordrhein-Westfalen v. 16.7. 2013 (GV. S. 486).

46 *Papier*, in: von Maydell/Ruland/Becker, Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl., 2012, § 3 RN 95; s. ferner *Bumke*, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, in: Der Staat 49 (2010), S. 77 ff. Vgl. auch BVerfGE 130, 212 (234).

47 Vgl. BVerfGE 125, 175 (227); 122, 1 (36); 118, 1 (28); 104, 74 (87); 97, 271 (291); 86, 237 (253); 85, 238 (247); 81, 156 (207); 67, 70 (84 f.); 66, 214 (223 f.); 61, 138 (148); 60, 16 (43); 59, 36 (49); 55, 72 (88 sub II 1); 34, 103 (115); 25, 236 (252); 24, 75 (100); 18, 315 (334); 18, 366 (372); 13, 331 (340); 9, 20 (28); s. ferner *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Battis*, Systemgerechtigkeit in: Hamburg-Deutschland-Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 11 ff.; *Peine*, Systemgerechtigkeit, Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, 1985; *Lerche*, „Systemverschiebung“ und verwandte verfassungsgerichtliche Argumentationsformeln, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. I, 1987, S. 557 ff.; *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes, in: ÖZW 1991, S. 72 ff. (74 r.Sp.); *Leisner-Egensperger*, Selbstbindung des Gesetzgebers, in: ThürVBl. 2004, S. 25 (28 sub IV 3 c).

48 BVerfGE 3, 58 (135); 3, 162 (182); 4, 144 (155); 30, 409 (414); 33, 171 (189); 38, 154 (166); 48, 64 (100); 48, 127 (197); 51, 257 (267 f.); 52, 277 (281); 54, 11 (26); 54, 363 (386); 55, 72 (90); 59, 287 (300); 68, 287 (301); 71, 39 (53); 78, 232 (248); 81, 108 (117 f.); 84, 348 (359); 89, 132 (141 f.); 105, 17 (47); 118, 79 (110); 122, 151 (174).

auch generalisieren, typisieren⁴⁹ oder differenzieren⁵⁰ darf, solange die Regelung nicht willkürlich ist. Hierfür reicht allerdings eine subjektive Willkür der Legislative nicht aus, sondern muss die Norm bei objektiver Betrachtung tatsächlich und eindeutig unangemessen im Verhältnis zu der regelungsbedürftigen Situation sein⁵¹, was der österreichische Verfassungsgerichtshof ebenso sieht⁵². Somit muss der Gesetzgeber keine optimale Sachgerechtigkeit anstreben, sofern sich im Nachhinein (irgend)eine ausreichende Sachgerechtigkeit ermitteln lässt. Entscheidend ist das Ergebnis, nicht das Verfahren⁵³. Das Gesetz wird als Fertigprodukt beurteilt, so dass es auf die Produktionsmethode grundsätzlich nicht ankommt.

49 BVerfGE 17, 1 (23); 21, 12 (27); 27, 375 (387); 31, 119 (131); 43, 13 (26); 44, 290 (295); 45, 376 (390); 48, 227 (239); 48, 346 (361); 63, 119 (128); 69, 119 (128); 70, 1 (34); 76, 256 (331); 78, 214 (226 f.); 82, 60 (95, 97); 82, 126 (151 f.); 87, 234 (255); 96, 1 (6); 97, 169 (182); 97, 186 (194); 98, 365 (385); 99, 280 (290); 100, 104 (132); 100, 138 (174); 100, 195 (205); 101, 54 (81); 101, 297 (309); 103, 310 (319); 103, 392 (397); 105, 73 (127); 110, 274 (292); 111, 115 (137); 111, 176 (188); 112, 268 (280); 113, 167 (236); 116, 164 (182); 117, 1 (31); 117, 372 (398); 120, 1 (30); 122, 39 (59); 122, 210 (232); 123, 1 (19); 126, 233 (263 f.); 126, 268 (279); 126, 331 (362); 133, 377 (412); BVerfGK 18, 99 (104 f.); 18, 477 (480); *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 166 ff.

50 Vgl. BVerfGE 13, 97 (123); 14, 263 (280); 15, 88 (104); 21, 227 (238).

51 Vgl. BVerfGE 130, 131 (144); 93, 386 (400); 85, 36 (44); 64, 243 (249); 63, 152 (171); 58, 81 (128); 51, 1 (26 f.); 48, 227 (237); 42, 64 (73); 2, 266 (281); vgl. ferner E 4, 144 (155); 55, 72 (88); BVerwGE 64, 33 (40).

52 Erk. v. 28.6.1984, Slg. Nr. 10090, S. 696; s. auch *Korinek*, Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz, in: Schäffer/König/Ringhofer (Hrsg.), Im Dienst an Staat und Recht, FS Melichar, 1983, S. 39 (50 f.).

53 BVerfGE 132, 134 (162 RN 70). Ähnlich *Burghart* (FN 11), S. 202.

4. Übermaßverbot als Schrankenschanke

Das Übermaßverbot⁵⁴ als „grundrechtlich gebotene[n] Verhältnismäßigkeit“⁵⁵ stellt eine grundrechtssichernde Schrankenschanke⁵⁶ dar, weil grundrechtsbeschränkende oder zur Beschränkung ermächtigende Gesetze den Einzelnen nicht in ungeeigneter, mehr als erforderlicher, disproportionaler oder unzumutbarer Weise belasten dürfen. Diese „die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion“⁵⁷ des Verfassungsverbots beruht auf dem Freiheitsprinzip des Grundgesetzes⁵⁸, wonach die Freiheit prinzipiell unbegrenzt, die Staatseinwirkung dagegen prinzipiell begrenzt ist⁵⁹. Somit gehören die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes insbesondere das „Gebot des Interventionsminimums“⁶⁰ und die Proportionalität zu den „dirigierenden Verfahrensorderungen“ des Grundgesetzes⁶¹.

Das verfassungsrechtlich geforderte Interventionsminimum – auch als Prinzip des mildesten Mittels bezeichnet – fordert, dass eine gesetzliche Maßnahme zum einen überhaupt und zum anderen in der gewählten Intensität notwendig ist und keine anderen Maßnahmen zur Verfügung stehen, die den

54 Zum Begriff vgl. BVerfGE 16, 194 (202); 50, 205 (215); 73, 206 (253); aus der jüngeren Rechtsprechung E 109, 133 (158 ff.); 113, 29 (54, 57); 115, 97 (105, 117); 117, 71 (97, 100, 103 f., 116, 119); 118, 1 (38); 120, 224 (240, 253, 271 ff.); 120, 351 (369); 121, 317 (380); 124, 43 (63, 69); 125, 260 (362); 128, 326 (373); 133, 272 (332, 335, 339 ff.); 134, 242 (298); grundlegend *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 21999.

55 BVerfGE 9, 338 (346); 16, 147 (173).

56 Der weitgehend akzeptierte Begriff geht auf *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl., 1976, S. 5 zurück.

57 BVerfGE 81, 310 (338 sub C II 4); vgl. auch E 30, 173 (199); 79, 311 (341); 123, 186 (238); 128, 1 (60); ebenso *Ossenbühl*, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Badura/Scholz, Wege und Verfahren des Verfassungslebens, FS *Lerche*, 1953, S. 158.

58 Vgl. *Merten*, Das Prinzip Freiheit im Gefüge der Staatsfundamentalbestimmungen, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 27.

59 Hierzu *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 68 RN 38; hierzu schon *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 166; vgl. ferner BVerfGE 6, 55 (88); 17, 306 (313 f.); 30, 250 (263); 55, 159 (165); 90, 145 (173).

60 Vgl. BVerwGE 46, 175 (186).

61 Vorbereitung grundrechtlichen Ausgleichs durch gesetzgeberisches Verfahren, in: *Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 109 f.

Normzweck in gleicher Weise erfüllen können, den Einzelnen indessen weniger belasten⁶². Weiterhin verlangt das Übermaßverbot, dass das Verhältnis von Eingriffsziel und Eingriffsmittel nicht unangemessen sein⁶³ und der Nutzen des Eingriffs für den Staat nicht außer Verhältnis zu dem Schaden für den Bürger stehen darf⁶⁴, weshalb bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt sein muss⁶⁵. Kurz gefasst: Der Gesetzgeber darf nicht über das Ziel hinausschießen⁶⁶. Darüber hinaus muss selbst bei höchstem Gewicht einer drohenden Gefährdung eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Eintritts vorliegen. Denn „grundrechtseingreifende Ermittlungen ins Blaue hinein“ lässt die Verfassung nicht zu⁶⁷.

III. Methodenoptimierung und Gesetzesvielfalt

1. Optimierungsmöglichkeiten der Gesetzgebungsmethode

a) Methodenoptimierung bedeutet die Verbesserung der Vorgehensweise, um ein vorgegebenes Gesetzesziel zu erreichen⁶⁸. Während sich die juristische

62 BVerfGE 25, 1 (12, 19 f.); 40, 196 (223); 55, 72 (88); 77, 84 (106); 85, 238 (245 oben); 87, 1 (36); 88, 5 (12); 88, 87 (97); 89, 15 (23); 95, 267 (317); 95, 408 (418); 99, 367 (389); 100, 195 (205); 101, 54 (101); 106, 166 (176); 108, 52 (68); 109, 96 (124); 110, 274 (291); 115, 276 (309), 117, 272 (300 f.); 118, 1 (26); 118, 79 (100); 121, 317 (371); 126, 331 (361 f.); 128, 1 (51, 62, 64, 66, 84); 128, 138 (149, 152); 128, 157 (180 f.); 128, 226 (260, 267); 129, 300 (321, 348); 130, 151 (188, 195, 205, 208 f.); 130, 372 (391); 133, 277 (321, 324); 134, 1 (16); 134, 141 (181); 134, 242 (290, 294); *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., 2008, § 23 RN 22.

63 Vgl. BVerfGE 19, 330 (337); 97, 228 (260); 121, 317 (346).

64 BVerfGE 44, 353 (373); 97, 228 (262 f.); 115, 320 (379).

65 BVerfGE 43 242 (288 f.); 67, 157 (173, 178); 76, 196 (207); 83, 1 (19); 90, 145 (173); 92, 277 (327); 100, 313 (391); 101, 331 (350); 102, 197 (220); 103, 1 (10); 104, 337 (349); 106, 181 (192); 106, 216 (220); 109, 279 (349 ff.); 110, 141 (165); 112, 255 (263); 113, 29 (54); 113, 167 (260); 113, 348 (382); 115, 118 (163 f.); 115, 320 (347); 120, 224 (241); 120, 274 (322); 120, 378 (428); 121, 317 (346); 125, 360 (368); 126, 112 (152 f.); 127, 1 (18); 127, 31 (48); 127, 61 (77); 131, 20 (40); 132, 302 (320).

66 Ähnlich BVerfGE 30, 227 (246).

67 So BVerfGE 120, 378 (429); 115, 320 (361).

68 Vgl. *Georg Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 1999, § 6 RN 39.

Auslegungsmethode den Problemen der richtigen Anwendung eines geltenden Gesetzes zuwendet⁶⁹, widmet sich die Gesetzgebungsmethode dem werdenden Gesetz, dem Gesetz in *statu nascendi*. Dabei kann zwischen dem „äußeren“ oder „formellen“ Gesetzgebungsverfahren, das heißt dem in der Verfassung geregelten Zustandekommen eines Gesetzes von der Gesetzesvorlage⁷⁰ bis zur Gesetzespublikation einerseits und dem „inneren Gesetzgebungsverfahren“⁷¹, das heißt dem im Grundgesetz nicht förmlich geregelten Verfahren zur Umsetzung eines vorgegebenen Gesetzgebungsziels durch sinnvoll aufeinander abgestimmte Normformulierungen in einem rationalen Entscheidungsverfahren andererseits unterschieden werden.

Von einer Verbesserung der Methode der Gesetzesgewinnung erhofft man sich bessere Gesetze. Muss von Grundgesetzes wegen ohnehin die Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität⁷² des Gesetzes insbesondere dessen Klarheit und Bestimmtheit⁷³, Sach- und Systemgerechtigkeit⁷⁴, aber auch Wirtschaftlichkeit⁷⁵ beachtet werden, so kommen aus legistischer Sicht Verständlichkeit und Praktikabilität (einschließlich Bürgerfreundlichkeit) sowie Übersichtlichkeit⁷⁶ des Gesetzes hinzu. Im Interesse einer besseren Gesetzgebung können die Legislativorgane vor Einleitung des förmlichen Ge-

69 Vgl. auch BVerfGE 83, 130 (145); 127, 335 (356).

70 Art. 76 ff. GG. Zur Bindung an dieses Verfahrensrecht auch für den Erlass oder die Änderung von Rechtsverordnungen BVerfGE 114, 196 (238).

71 Vgl. *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, 1982, S. 62 ff.; *Karpen*, Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre, 1989, S. 16.

72 Vgl. *Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013.

73 Vgl. oben sub II 3.

74 S. oben sub II 3.

75 Das Wirtschaftlichkeitsgebot als Verfassungsprinzip leitet sich aus Art. 114 Abs. 2, Art. 109 Abs. 4 i.V.m. § 6 Abs. 1 HaushaltsgrundsätzeG (v. 19.8.1969 [BGBl. I S. 1273]) ab. Hierzu *Merten*, Zum Selbstverwaltungsrecht Kassenärztlicher Vereinigungen, 1995, S. 18 ff.; *Kloepfer*, Finanzverfassungsrecht, 2014, § 10, RN 39, sieht darin einen „ungeschriebenen“ Verfassungsbestandteil.

76 Diese fehlt den „Artikel-Gesetzen“ (zum Begriff *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 49 ff.), die mitunter zu „Paket-Gesetzen“ entarten und gegen die sowohl aus rechtsstaatlichen als auch aus demokratischen Gründen Bedenken bestehen; hierzu *Merten*, Gesetzeswahrheit und Titelklarheit, in: *Rüthers/Stern* (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, S. 295 (297 ff.); *dens.*, Gesetzgebung im demokratischen Rechtsstaat, in: *Michael Holoubek u.a.*, Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, Symposium für Karl Korinek, 2002, S. 53 (59 ff.); s. aber auch BVerfGE 68, 193 (217).

setzgebungsverfahren in einer präparativen oder prozeduralen Phase Erfahrungen sammeln⁷⁷, subtile Sachverhaltsermittlungen durchführen, Statistiken heranziehen⁷⁸, Informationen dokumentieren⁷⁹, Rechtsvergleichung betreiben⁸⁰, unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten erwägen, Interessen abwägen⁸¹, Prognosen⁸² anstellen, Sachverständige und Betroffene anhören, Kritik

-
- 77 Dabei darf sich der Gesetzgeber bei komplexen Sachverhalten Zeit nehmen (BVerfGE 33, 171 [189]; 45, 187 [252]) und sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums mit größeren Typisierungen und generalisierenden Regelungen begnügen. So BVerfGE 132, 39 (57 RN 50 m.w.N.); vgl. auch E 95, 267 (314).
- 78 Zur Notwendigkeit, statistisches Material heranzuziehen, s. auch BVerfGE 57, 139 (160); 78, 214 (232); 89, 15 (26); 106, 62 (154); 109, 133 (155).
- 79 Vgl. BVerfGE 119, 96 (161).
- 80 Hierzu *Karpen*, Gesetzgebung im Rechtsvergleich, in: Kluth/Krings (FN 14), § 7.
- 81 So gehört „das Gebot gerechter Abwägung der von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange“ zum „Wesen einer rechtsstaatlichen Planung“: BVerwG NJW 1969, S. 1868 (1869 r.Sp.).
- 82 Zur Überprüfungs- und Änderungspflicht des Gesetzgebers vgl. BVerfGE 132, 39 (49 RN 30); 131, 316 (339); 129, 300 (321 f.); 120, 82 (108); 107, 286 (294 f.); 73, 40 (44); 57, 139 (159 f., 161 ff.); 50, 290 (332 ff.); 25, 1 (12 f.); 18, 315 (332); BVerfG (Kammer) NVwZ 2007, S. 805; vgl. auch E 133, 377 (438 f. RN 142); 95, 267 (314); 82, 322 (338 f.); 68, 287 (309); 59, 119 (127); 56, 54 (78 f.); 55, 274 (275 Ls. 5, 308); 49, 89 (130 ff.); 16, 147 (181 ff.). Vgl. ferner *Stettner*, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, S. 1123 ff. *Badura*, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung“ von Gesetzen, in: FS für Eichenberger (FN 32), S. 481 ff.; *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe, Bd. I, 1976, S. 458 ff.

beachten⁸³, Enquête-Kommissionen einsetzen, Fremderarbeitungen bestellen⁸⁴, Gesetzesfolgen abschätzen⁸⁵, Gesetzestests durchführen, Normenkontrollräte⁸⁶ einführen und Gesetze nachträglich evaluieren.

Ist die öffentliche Diskussion insbesondere politisch bedeutsamer oder umstrittener Gesetzentwürfe heutzutage selbstverständlich und grundgesetzlich fundiert⁸⁷, so war die erstmalige Aufforderung an „sachverständige Mitglieder“ des Publikums „zur gründlichen, redlichen und freymüthigen Prüfung“ des Entwurfs eines allgemeinen Gesetzesbuchs für die Preußischen Staaten, des späteren Allgemeinen Landrechts⁸⁸, unter gleichzeitiger Auslobung von Preisen⁸⁹ im aufgeklärten Absolutismus ungewöhnlich und wurde von *Kant*⁹⁰

83 Vgl. hierzu BVerfGE 120, 378 (424 f.).

84 Vgl. hierzu *Ossenbühl*, Outsourcing von Gesetzentwürfen – ein Scheinproblem, in: *Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts*, Festschrift für M. Schröder, 2013, S. 359 ff.

85 Vgl. *Böhret/Konzendorf*, Rechtsoptimierung mittels Gesetzesfolgenabschätzung: Waldgesetz Rheinland-Pfalz, *Speyerer Forschungsberichte* 192, 1998; *Böhret*, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Modisch oder hilfreich?, in: *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), *Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landsrechts für die preußischen Staaten*, 1995, S. 131 ff.; *Kahl*, Gesetzesfolgenabschätzung und Nachhaltigkeitsprüfung, in: *Kluth/Krings* (FN 14), § 14.

86 Vgl. Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrats v. 14.8.2006 (BGBl. I S. 1866), wonach gemäß § 1 Abs. 2 der Normenkontrollrat die Bundesregierung „bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtsetzung zu unterstützen“ hat. Hierzu auch *Hofmann/Birkenmaier*, Die Aufgaben des Normenkontrollrates im Gesetzgebungsverfahren, in: *Kluth/Krings*, *Gesetzgebung* (FN 14), § 12. Allerdings vermögen derartige Institutionen gegen einen parteipolitischen Durchsetzungswillen nichts auszurichten. So hatte der Rat laut Presseberichten gegen das inzwischen in Kraft getretene Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (v. 11.8.2014 [BGBl. I S. 1348]) „grundsätzliche Bedenken“ geäußert, weil dem Gesetzgeber „durch die lückenhafte Darstellung der Kostenfolgen und der Regelungsalternativen eine wichtige Entscheidungsgrundlage“ fehle.

87 Vgl. BVerfGE 82, 30 (36 unten).

88 Vgl. von *Carmer*, Vorerinnerung vom 24.3.1784, in: *Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil*, Berlin und Leipzig 1784, S. 3 (4 f.).

89 Hierzu *Merten*, Die Rechtsstaatsidee im Allgemeinen Landrecht, in: *ders.*, *Rechtsstaatliche Anfänge im Zeitalter Friedrichs des Großen*, 2014, S. 167 in und zu FN 5, 174.

90 Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? v. 30.9.1784, in: *Weischedel* (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden*, Band VI, 1975, S. 51 (60).

als „glänzendes Beispiel“ eines (aufgeklärten) Staatsoberhauptes hervorgehoben. Im übrigen hatte bereits dieses Gesetzbuch im Interesse einer besseren Gesetzgebung eine Gesetzeskommission vorgesehen (§ 8 Einl. ALR), die „ausser der Rücksicht auf die bereits vorhandenen Gesetze und Rechte, ihr Gutachten zugleich auf die Billigkeit und Nutzbarkeit der vorgeschlagenen neuen Verordnung richten, und eine deutlich bestimmte Fassung des zu gebenden Gesetzes in Vorschlag bringen“ sollte. Allerdings war eine zuvor⁹¹ vorgesehene Sanktion, dass ein ohne Prüfung der Gesetzeskommission „bekanntgemachtes Gesetz ..., in Ansehung des dadurch beeinträchtigten Staatsbürgers, unverbindlich und ohne Wirkung“ sei, fallen gelassen worden.

b) Innerhalb der vielfältigen Mittel zur Methodenverbesserung bei der Gesetzgebung ist zwischen den gesetzgebungsrelevanten Fakten („legislative facts“) und den legislatorisch bedeutsamen Rechtsfragen, insbesondere der Verfassungsmäßigkeit und Europarechtskonformität des Gesetzesvorhabens zu unterscheiden.

aa) Bei den gesetzgebungsrelevanten Fakten handelt es sich um Informationen, „die einem Gesetzesbeschluss zu Grunde liegen oder für dessen Wirkungen und Vollzug von Bedeutung sind“⁹². Hinsichtlich der Fakten und ihrer weiteren Entwicklung verfügt der Gesetzgeber aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹³ über eine Einschätzungsprärogative, wobei das Gericht diese allerdings auf ihre methodischen Grundlagen und ihre Schlüssigkeit hin überprüft⁹⁴. Dabei akzeptiert das Gericht als Grundlage für die Überprüfung von Gesetzen die „dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen“ und „die bisher gemachten Erfahrungen“⁹⁵, billigt es, dass sich der Gesetzgeber „an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren

91 § 12 Einl. des Allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten, 1. Teil, Berlin, 1791. Hierzu auch *Hattenhauer*, Das ALR im Widerspruch zur Politik, in: Mer ten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation (FN 85), S. 27 (43).

92 *Voßkuhle*, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht. Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, S. 1329 (1333 sub 4 b); s. ferner *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, S. 6 ff.; *Kluth*, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, S. 3513 (3515 ff.).

93 Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfGE 111, 333 (356); 115, 276 (309); 116, 202 (224); 118, 45 (65); 119, 59 (86); 120, 274 (321); 121, 30 (64); 121, 317 (380); 125, 141 (154); 128, 1 (34); 130, 263 (300); 134, 242 (342); BVerfG v. 17.12.2004, NJW 2015, S. 303 (305 RN 111).

94 BVerfGE 125, 141 (154).

95 BVerfGE 102, 197 (218); 115, 276 (309); 116, 202 (225); 126, 112 (145).

Materials orientiert“⁹⁶, von „dem derzeitigen Stand der Erfahrungen und Einsichten“ ausgeht⁹⁷, die Einschätzungen der Legislative „auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage“ beruhen⁹⁸ und nicht „offensichtlich“ fehlsam sind⁹⁹. Im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit darf der Gesetzgeber auf „situationsbedingte Besonderheiten des Sachverhalts und die Zeitumstände Rücksicht“ nehmen¹⁰⁰, wobei jedoch eine Veränderung der realen Verhältnisse für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes relevant sein kann¹⁰¹.

Dagegen ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken, wenn „es an einer ausreichenden Ermittlung des für die gesetzgeberischen Entscheidungen erheblichen Sachverhalts und deshalb notwendig auch an einer verfassungsrechtlich tragfähigen Abwägung der Gründe und Gegengründe fehlt“¹⁰². Auch werden Einschätzungen dann nicht mehr hingenommen, „wenn sie in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“¹⁰³.

Grundsätzlich muss sich der Gesetzgeber „Kenntnis von der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden tatsächlichen Ausgangslage in korrekter und ausreichender Weise“ verschaffen¹⁰⁴. Bei einem „noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstand[es] der Wissenschaft insbesondere bei der Beurteilung von Ursachenzusammenhängen und langfristigen Folgen“ einer Maßnahme „trifft den Gesetzgeber ... eine besondere Sorgfaltspflicht“¹⁰⁵. Dies gilt vor allem, wenn dieser glaubt, ein Standort für radioaktive Abfälle könne „die bestmögliche Sicherheit für einen Zeitraum von einer Million Jahren“ gewährleisten¹⁰⁶. Bei Neugliederungsgesetzen prüfen die Verfassungsgerichte im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) nach, „ob der Gesetzgeber den für seine Maßnahmen erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und dem Gesetz zugrunde

96 BVerfGE 57, 139 (160).

97 BVerfGE 50, 290 (335).

98 BVerfGE 109, 96 (116).

99 BVerfGE 126, 112 Ls. 1 (142).

100 BVerfGE 24, 367 (421).

101 Vgl. BVerfGE 39, 169 (191 ff.); 53, 336 (356 f.); 54, 11 (34 ff.); 78, 249 (288 f.).

102 BVerfGE 86, 90 (114),

103 BVerfGE 126, 112 (141).

104 BVerfGE 39, 210 (226).

105 BVerfGE 128, 1 (37).

106 § 1 Abs. 1 Satz 1 des Standortauswahlgesetzes v. 23.7.2013 (BGBl. I S. 2553).

gelegt hat“, räumen aber dem Gesetzgeber hinsichtlich der „Zielvorstellungen, Sachabwägungen, Wertungen und Prognosen“ einen legislatorischen Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum ein, der nur dann überschritten ist, wenn die Regelung „offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar“ ist¹⁰⁷. Derselbe Maßstab wird an die Festlegung von Lärmschutzzonen durch den Verordnungsgeber angelegt¹⁰⁸.

bb) Bei der rechtlichen Formung des Gesetzes hat die Legislative unter Wahrung der Verfassungsvorgaben einen sachbereichsbezogenen Gestaltungs-¹⁰⁹ und Entscheidungsspielraum¹¹⁰, der verfassungsgerichtlich zu respektieren ist. Er ist umso weitreichender, je mehr es sich um Fragen der „technischen Ausgestaltung des Gesetzes“ (z.B. Bemessung gesetzlicher Vorratsmengen) handelt, wobei dem Gesetzgeber „weitgehend freie Hand“ gelassen wird¹¹¹. Er wird je nach Sachbereich umso enger, je stärker sich die Legislative dem Kern des Gesetzes nähert, wobei für Akte der gewährenden Staatstätigkeit wiederum eine größere Geltungsfreiheit besteht¹¹² als für die grundrechtsrelevante eingreifende Gesetzgebung¹¹³.

Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot¹¹⁴ setzt der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Grenzen, wobei der Gesetzgeber auch hier über einen Gestaltungsspielraum verfügt¹¹⁵. Durch die Verwendung gewisser unbestimmter Rechtsbegriffe wie „öffentliche Ordnung“¹¹⁶ oder „Stand von Wissenschaft und Technik“ stellt der Gesetzgeber sicher, dass die rechtliche Regelung mit der jeweiligen Entwicklung, beispielsweise den herrschenden so-

107 BVerfGE 50, 50 (51).

108 BVerfGE 56, 298 (319).

109 Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfGE 130, 131 (142); 130, 240 (254); 130, 263 (294 f.); 131, 47 (57); 131, 130 (146); 131, 316 (335); 132, 39 (58); 132, 72 (98); 132, 134 (159 RN 62, 161 RN 67, 163 RN 71, 164 RN 74, 165 RN 77); 132, 334 (350); 133, 1 (23); 133, 59 (76); 133, 143 (160); 133, 277 (359).

110 Vgl. aus den letzten Jahren BVerfGE 126, 268 (277); 126, 400 (416); 127, 1 (27); 127, 224 (245); 128, 1 (65); 130, 263 (294, 297); 130, 179 (189); 133, 59 (77); BVerfG v. 17.12.2014, NJW 2015, S. 303 (306 f. RN 125 f.).

111 BVerfGE 30, 292 (323); s. auch E 25, 1 (19 f.).

112 Vgl. BVerfGE 130, 240 (254).

113 Vgl. BVerfGE 130, 131 (142).

114 S. oben sub II. 2.

115 BVerfGE 49, 89 (137 oben); vgl. auch E 21, 73 (79).

116 Vgl. hierzu *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 245.

zialen und ethischen Anschauungen oder den wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen Schritt hält und damit einen „dynamischen Grundrechtsschutz“ gewährt¹¹⁷.

2. Gesetzesvielfalt

Der Vielzahl legistischer Mittel zur Gesetzesoptimierung steht eine Vielfalt von Gesetzesarten oder -typen gegenüber¹¹⁸. Sie reicht von „Paket-Gesetzen“ („Artikel-Gesetzen“), die wie das euphemistisch betitelte „Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur“¹¹⁹ mit fünfundvierzig inhomogenen Einzelgesetzen oder das Gesetz zur Herstellung der Rechtseinheit in der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung¹²⁰, das mit zweiundvierzig Artikeln mehr als einhundert Seiten des Bundesgesetzblatts füllt, bis zu Gesetzen, die mit sechs Paragraphen¹²¹ und – freilich unbedachte – verfassungsändernde Gesetze, denen zwei Artikel ausreichen¹²². Im Dritten Reich gelang es sogar, die Ereignisse der „Reichsmordwoche“ nachträglich durch ein Gesetz der Reichsregierung mit nur einem einzigen Artikel für „rechtens“ zu erklären¹²³.

Hinsichtlich der Geltungsdauer kann zwischen den üblicherweise unbefristeten Gesetzen und „Zeit-Gesetzen“ differenziert werden. Die Geltung letzterer ist entweder von Verfassungen wegen¹²⁴ oder im Gesetz selbst befristet. „Zeit-Gesetze“ eignen sich für die experimentelle Gesetzgebung oder auch für die vorläufige Regelung komplexer Sachverhalte, die später aufgrund

117 Vgl. BVerfGE 49, 89 (136 f.).

118 Hierzu *Smeddinck*, Gesetzgebungsmethodik und Gesetzestypen, in: Kluth/Krings (FN 14), § 3.

119 V. 18.12.1975 (BGBl. I S. 3091).

120 Renten-Überleitungsgesetz – RÜG v. 25.7.1991 (BGBl. I S. 1606).

121 Gesetz über das Verbot des Verfütterns, des innergemeinschaftlichen Verbringens und der Ausfuhr bestimmter Futtermittel v. 1.12.2000 (BGBl. I S. 1635). Zehn Paragraphen umfassen das Gesetz über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung (Einheiten- und Zeitgesetz) v. 22.2.1985 (BGBl. I S. 408); Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 20. Juni 1991 zur Vollendung der Einheit Deutschlands (Berlin/Bonn-Gesetz) v. 26.4.1994 (BGBl. I S. 918).

122 Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16) v. 29.11.2000 (BGBl. I S. 1633), durch dessen Artikel 1 Auslieferungen an einen EU-Mitgliedstaat oder an einen internationalen Gerichtshof zugelassen wurden. Hierzu BVerfGE 113, 273 (292 ff.).

123 Gesetz „über Maßnahmen der Staatsnotwehr“ v. 3.7.1934 (RGBl. I S. 529).

124 Vgl. Art. 110 Abs. 4, Art. 115 k Abs. 2 und 3 GG.

hinreichender Erfahrungen durch eine differenziertere Regelung ersetzt werden soll¹²⁵. Zur Reduzierung des Gesetzesstoffes ist eine derartige „sunset-Gesetzgebung“ wenig tauglich. In der Regel erweist sich die Notwendigkeit einer Verlängerung, und durch die Verlängerungsregelungen wird die Zahl der Rechtsetzungsakte dann vermehrt¹²⁶.

Vom Gesetzeszweck her kann idealtypisch zwischen „Rechtsgesetzen“ mit einem auf Dauer berechneten „substanziellen Rechtsgehalt“¹²⁷ einerseits und „Maßnahmengesetzen“ als begrenzten zweckorientierten Gesetzgebungsakten¹²⁸ differenziert werden. Maßnahmengesetze, wie sie sich mitunter selbst betiteln („BSE-Maßnahmengesetz“)¹²⁹, kommen nicht nur vermehrt mit dem daseinsvorsorgenden Staat einher, sondern waren auch als Reaktionen auf Wendemarken in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts, insbesondere nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes und des SED-Regimes unerlässlich. Kann die Zahl der Maßnahmengesetze sowohl als „Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens“¹³⁰ als auch als „Ausdruck einer gewandelten, stärker lenkend eingreifenden politischen Gesetzgebung“ gewertet werden¹³¹, so ist es doch verfassungsrechtlich unbedenklich¹³² und der Begriff verfassungsrechtlich „irrelevant“¹³³.

125 Vgl. BVerfGE 133, 377 (441); 54, 173 (202); 54, 11 (37); vgl. auch oben FN 75.

126 Vgl. hierzu *Hans Schneider*, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002, RN 551.

127 Vgl. *Ballerstedt*, Über wirtschaftliche Maßnahmengesetze, FS für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 369 f.

128 Vgl. *Hans Schneider* (FN 126), RN 195 ff.; *Forsthoff*, Über Maßnahmengesetze, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221 ff.; *Menger/Wehrhahn*, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL 15 (1957); *Zeidler*, Maßnahmegesetz und klassisches Gesetz, 1961; *Konrad Huber*, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963; *Meessen*, Maßnahmegesetze, Individual- und Vollziehungsgesetze, in: DÖV 1970, S. 314 ff.; *Georg Müller*, Inhalt und Formen der Rechtssetzung, 1979, S. 95 f.; *Isensee*, Rechtsstaat und Aufgabe der Einung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 1997, § 202 RN 199, S. 123.

129 Kurztitel des Gesetzes zur Änderung futtermittelrechtlicher tierkörperbeseitigungsrechtlicher und tierseuchenrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der BSE-Bekämpfung v. 19.2.2001 (BGBl. I S. 226).

130 Hierzu *Hans Schneider*, Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens, in: *Ritterspach/Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 421 ff.

131 So *Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, S. 379 (398).

132 Vgl. BVerfGE 10, 89 (108); 15, 126 (146 f.); 24, 33 (52); 25, 1 (23); 25, 371 (396); 29, 348 (368); 36, 66 (70); 36, 383 (400); 39, 156 (168 f.); 42, 263 (305).

133 So BVerfGE 25, 371 (396).

Dennoch sind Maßnahmengesetze legistisch als Normtypus von Bedeutung. Soll nun für derartige Gesetze, die oft nur eine Übergangsregelung darstellen¹³⁴ und nicht „zukunftsweisend“ sind¹³⁵, derselbe Aufwand für eine Gesetzgebungsoptimierung betrieben werden wie beispielsweise für auf Dauer berechnete und auf Vollständigkeit und Geschlossenheit bedachte Kodifikationen¹³⁶, die einen Rechtsstoff einheitlich, widerspruchsfrei, abschließend und systematisierend erfassen sollen?

Noch dringender stellt sich diese Frage bei sogenannten Eilgesetzen, die sich mitunter zu „Blitz-Gesetzen“¹³⁷ verdichten. Die Notwendigkeit zum Erlass von Eilgesetzen kann sich beispielsweise vor Ende einer Legislaturperiode im Hinblick auf den Diskontinuitätsgrundsatz, angesichts der vom Bundesverfassungsgericht für den Normenerlass gesetzten Fristen¹³⁸ sowie aus Unglücks- oder besonderen Situationen ergeben.

Ein bezeichnender Fall hat sich im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung ereignet. Da die Gesetzgebungsorgane die Vereinbarungen mit den früheren Besatzungsmächten über die weitere befristete Stationierung von Streitkräften nicht mehr rechtzeitig bis zum Inkrafttreten des Einigungsvertrages hätten billigen können, wurde am 24. September 1990 ein Bundesgesetz beschlossen¹³⁹, das die Bundesregierung zum Inkraftsetzen befristeter

134 So BVerfGE 15, 126 (147).

135 BVerfGE 29, 348 (368).

136 Zum Kodifikationsprinzip *Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Festschrift für Gustav Boehmer, 1954, S. 34 ff.; *dens.*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, § 19, S. 322 ff.; *Dölemeyer*, Kodifikationsbewegung, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/2, 1982, S. 1421 ff.; *Starck*, Art. Kodifikation, Staatslexikon, 7. Aufl., 1987, Bd. III, Sp. 563 f.; *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995; *Staudinger/Merten*, Vorbem. zu Art. 55 bis 152 EGBGB, RN 4.

137 Hierzu *von Arnim*, Kritisches zur Kritik der Sperrklausel-Rechtsprechung des BVerfG, DVBl. 2014, S. 1489 (1493 f. sub IV 2).

138 Vgl. BVerfGE 133, 143 (144 Nr. 1 der Entscheidungsformel); 133, 59 (60 Nr. 2 der Entscheidungsformel); 132, 134 (135: „unverzüglich“); 130, 263 (265 Nr. 3 der Entscheidungsformel); 130, 240 (242 Nr. 2 der Entscheidungsformel).

139 Gesetz über die Inkraftsetzung von Vereinbarungen betreffend den befristeten Aufenthalt von Streitkräften der Französischen Republik, der Union der sozialistischen Sowjetrepubliken, des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland und der Vereinigten Staaten von Amerika in Berlin und von sowjetischen Streitkräften auf dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet nach Herstellung der deutschen Einheit vom 24.9.1990 (BGBl. II S. 1246).

Abkommen durch Rechtsverordnung ermächtigte. Die völkerrechtlichen Vereinbarungen wurden dann in den letzten Tagen des Septembers 1990 mit den einzelnen Besatzungsmächten geschlossen und konnten aufgrund von Rechtsverordnungen der Bundesregierung rechtzeitig zum 3. Oktober 1990 in Kraft gesetzt werden.

3. Gesetzgebungsbeteiligte

Es ist möglicherweise eine Reminiszenz an den Absolutismus, dass der Gesetzgeber monokratisch gedacht wird, war doch das Recht, Gesetze zu geben und Erklärungen mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ein Majestätsrecht¹⁴⁰. Im demokratischen Bundesstaat sind jedoch neben Bundestag und Bundesrat (eventuell auch dem Vermittlungsausschuss) die Bundesregierung, auf deren Initiative in den letzten beiden abgeschlossenen Legislaturperioden (2005–2013) knapp 80 v.H. der verkündeten Gesetze zurückgingen¹⁴¹, und Bundespräsident an dem Zustandekommen eines Gesetzes beteiligt. Bestünde eine Verfassungspflicht zu optimaler Gesetzgebung, so erschwerte man Gesetzesvorlagen „aus der Mitte des Bundestages“ (Art. 76 Abs. 1 GG), weil sich die Abgeordneten entweder der Hilfe des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages oder ihrer Fraktionen bedienen müssten, wobei im letzteren Falle ein Fraktionsdirigismus nicht ausgeschlossen wäre. Sollte der Bundespräsident im Rahmen seines unangefochtenen¹⁴² formellen Gesetzesprüfungs- und -verwerfungsrechts auszufertigende Gesetze auf Unterlassungsfehler in der präparativen Gesetzgebungsphase hin untersuchen müssen?

Weiterhin sind aufgrund der Vielzahl der Gesetzgebungsbeteiligten Änderungen der Gesetzesvorlage im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens möglich, die dann ihrerseits im Hinblick auf die Einhaltung einer optimalen Gesetzgebungsmethode zu kontrollieren wären.

Hierfür liefert die Geschichte des Staatshaftungsgesetzes aus dem Jahre 1981 ein anschauliches Beispiel. Obwohl eine von der Bundesregierung eingesetzte unabhängige Sachverständigenkommission für dieses Gesetzesvorhaben die Schaffung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes durch Verfassungsänderung empfahl und auch der Bundesrat diese

140 So § 6 II 13 des Allgemeinen Landrechts von 1794.

141 *Maassen*, Gesetzesinitiativen der Bundesregierung, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 8, S. 191 (192); s. auch *H.H. Klein*, *Gesetzgebungsverfahren* (FN 22), S. 82.

142 Vgl. statt aller *Pieroth*, in: Jarass/ders., *GG*, 13. Aufl., 2014, Art. 82 RN 3 GG.

Lösung im wesentlichen akzeptierte, vertrat der Rechtsausschuss des Bundestages die unhaltbare These, dass sich die Zuständigkeit des Bundes schon aus seiner Kompetenz für das bürgerliche Recht ergebe. Daraufhin wurden die vorgesehenen Verfassungsänderungen nicht mehr betrieben. Der Bundespräsident, der „erhebliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes“ äußerte, fertigte das Gesetz aus, das dann im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wurde¹⁴³. Gerade dieses Beispiel zeigt, dass eine Optimierung der präparativen Gesetzgebungsphase dann nicht weiterhilft, wenn sich später Parlamentsausschüsse oder Ministerien über Empfehlungen hochkarätig besetzter Sachverständigenkommissionen hinwegsetzen. Andererseits muss aus Gründen demokratischer Legitimation das Letztentscheidungsrecht bei den verfassungsgesetzlich vorgesehenen Gesetzesbeteiligten bleiben, zumal die Ergebnisse von Sachverständigenkommissionen und Anhörungsverfahren oder die Relevanz von Statistiken durch Auswahlentscheidungen gesteuert werden können. Im übrigen ist die Untersuchung finanzieller Auswirkungen oder sonstiger Gesetzesfolgen dann bedeutungslos, wenn der Gesetzgeber aufgrund seiner politischen Gestaltungsfreiheit bestimmte Entscheidungen wie beispielsweise die Einführung der Sommerzeit oder die Verlegung des Sitzes von Parlament und Regierung nach Berlin aufgrund eines Parlamentsbeschlusses im Zuge der Wiedervereinigung durchsetzen will¹⁴⁴.

Würde schließlich jeder an der Gesetzgebung Beteiligte ein Gesetz vor seiner Ausfertigung anhand der Grundsätze optimaler Gesetzgebungsmethodik überprüfen, so würden nicht nur die Gesetzgebungskosten beträchtlich steigen, sondern sich auch die Dauer der Gesetzgebungsverfahren immens verlängern. Der oftmals unter Zeitdruck gesetzte Bundesrat könnte dann nicht mehr innerhalb weniger Stunden sechsundneunzig Gesetze behandeln und dabei zweiundsiebzig Gesetze als Zustimmungsgesetze sowie zwei verfassungsändernde Gesetze verabschieden¹⁴⁵.

143 BVerfGE 61, 149 (151); zur Gesetzgebungsgeschichte S. 156 ff.

144 Vgl. hierzu § 4 des Einheiten- und Zeitgesetzes (FN 121); §§ 2 f. des Berlin/Bonn-Gesetzes (FN 121).

145 Hierüber berichtet *Hans Schneider*, Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens (FN 130), S. 421 in und zu FN 2.

IV. Verfassungspflichten für das innere Gesetzgebungsverfahren?

1. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden sich Ausführungen, die als verfassungsrechtliche Aussagen über das innere Gesetzgebungsverfahren gewertet werden könnten. So fordert das Gericht zur Ermittlung eines menschenwürdigen Existenzminimums vom Gesetzgeber, „alle existenznotwendigen Aufwendungen in einem transparenten und sachgerechten Verfahren realitätsgerecht sowie nachvollziehbar auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren zu bemessen“¹⁴⁶, wobei dieser „zunächst die Bedarfsarten sowie die dafür aufzuwendenden Kosten zu ermitteln und auf dieser Basis die Höhe des Gesamtbedarfs zu bestimmen“ hat¹⁴⁷. Auch für die Höhe der Geldleistungen nach § 3 des Asylbewerberleistungsgesetzes¹⁴⁸ hat der Gesetzgeber „seine Entscheidung an den konkreten Bedarfen der Hilfebedürftigen“ auszurichten¹⁴⁹, wobei sie „zur Konkretisierung des grundrechtlich fundierten Anspruchs folgerichtig in einem inhaltlich transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen und jeweils aktuellen Bedarf, also realitätsgerecht bemessen“ werden müssen¹⁵⁰. In einer Entscheidung aus dem Jahre 2014 hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass Art und Höhe sozialrechtlicher Regelbedarfsleistungen sich mit einer Methode erklären lassen müssen, „nach der die erforderlichen Tatsachen im wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt werden und nach der sich die Berechnungsschritte mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb des Verfahrens im Rahmen des Vertretbaren bewegen“¹⁵¹.

Im Verhältnis der Gesetzgebungsbeteiligten Bundesregierung und Bundestag hat das Bundesverfassungsgericht in Angelegenheiten der Europäischen Union gemäß Art. 23 Abs. 2 GG in jüngerer Zeit „Anforderungen an

146 BVerfGE 125, 175 Ls. 3 (225). Zur Subjektivierung und Herausbildung eines „Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ *Sommermann*, Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte?, in: Callies/Kahl/Schmalenbach, Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union, 2014, S. 107 (119 ff.).

147 AaO., S. 225.

148 Fassung v. 5.8.1997 (BGBl. I S. 2022).

149 BVerfGE 132, 134 (161 RN 67).

150 AaO., S. 162 RN 69.

151 BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3427 RN 84).

das Verfahren und die Form der Unterrichtung¹⁵² abgeleitet. Danach erfasst die Unterrichtungspflicht zunächst Initiativen und Positionen der Bundesregierung selbst, erstreckt sich aber auch auf die „Weiterleitung amtlicher Unterlagen und Dokumente der Organe sowie sonstiger Gremien und Behörden der Europäischen Union und anderer Mitgliedstaaten, wovon auch „Informationen über informelle und (noch) nicht schriftlich dokumentierte Vorgänge“ sowie „Gegenstand, Verlauf und Ergebnis der Sitzungen und Beratungen von Organen und Gremien der Europäischen Union“ betroffen sein können, unabhängig davon auf welche Weise die Bundesregierung Informationen erlangt hat¹⁵³.

Aus dieser jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere dem „Hartz IV-Urteil“¹⁵⁴ wird teilweise entnommen, dass das Bundesverfassungsgericht wegen der „deutlich auf den Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren zugespitzten Begründung des Urteils“ „für zukünftige Entscheidungen über die Grundrechtskonformität von Gesetzen Überprüfungsmaßstäbe“ gesetzt habe¹⁵⁵ und dass das Gericht damit „einen erheblichen Beitrag zur weiteren Effektivierung grundrechtlicher Gewährleistungen durch Formulierung eines Grundrechtsschutzes durch Gesetzgebungsverfahren“ geleistet habe¹⁵⁶.

2. Analyse der Rechtsprechung

Zwar erwähnt das Bundesverfassungsgericht, dass sich der Grundrechtsschutz aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG auch „auf das Verfahren zur Ermittlung des Existenzminimums“ erstreckt¹⁵⁷. Verfassungspflichten für das innere Gesetzgebungsverfahren statuiert das Gericht dadurch jedoch nicht; sie ließen sich auch aus den genannten Verfassungsbestimmungen nicht ableiten.

152 BVerfGE 131, 152 (213).

153 Hierzu BVerfGE 131, 152 (207).

154 BVerfGE 125, 175.

155 *Meßling*, Grundrechtsschutz durch Gesetzgebungsverfahren. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010 (SGB II-Regelsatz-Urteil), in: *Grundrechte und Solidarität*, Festschrift für Jaeger, 2010, S. 787 (817). S. auch *Jakob Nolte*, Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht: Die vom Bundesverfassungsgericht gestellten Anforderungen an die Bestimmung des Existenzminimums im Lichte neuerer sozialrechtlicher Rechtsprechung, in: *Der Staat* 52 (2013), S. 245 ff.

156 *Meßling* aaO., S. 818.

157 BVerfGE 125, 175 (226).

Die Einbeziehung des Verfahrens in den Grundrechtsschutz ist nicht mit den typischen Fällen des „Grundrechtsschutzes durch Verfahren“¹⁵⁸ zu vergleichen. Denn das vom Gericht herausgearbeitete „Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ ist kein verfahrenabhängiges Grundrecht, weil es nicht unter Verfahrensvorbehalt¹⁵⁹ steht und das Verfahren nicht mit „gleichsam konstitutiver Wirkung die Geltendmachung einer grundrechtlichen Gewährleistung“ regelt¹⁶⁰.

Anders als beim Asylrecht (Art. 16a GG) bedarf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zunächst einer Konkretisierung¹⁶¹ durch den Gesetzgeber. Denn der nach Auffassung des Gerichts „dem Grunde nach von der Verfassung“ vorgegebene Leistungsanspruch¹⁶² kann hinsichtlich seines Umfangs und seiner Höhe nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz abgeleitet werden¹⁶³. Er muss vielmehr vom Gesetzgeber im Rahmen dessen Gestaltungsspielraums inhaltlich so ausgestaltet werden, dass er den existenznotwendigen Bedarf des Grundrechtsträgers deckt. Insofern besteht eine verfassungsrechtliche (materielle) Handlungspflicht der Legislative¹⁶⁴.

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Prüfung, ob die gesetzlich vorgesehenen Leistungen zur Deckung des Existenzminimums ausreichend oder unzureichend mit der Folge der Verfassungswidrigkeit sind. Entscheidend ist somit, dass, wie es das Bundesverfassungsgericht für Leistungen aus dem Asylbewerberleistungsgesetz formuliert, „im Ergebnis die Anforderungen des Grundgesetzes nicht verfehlt werden, tatsächlich für eine menschenwürdige Existenz Sorge zu tragen“¹⁶⁵. Dabei beschränkt sich die gerichtliche Prüfung darauf, „ob die Leistungen evident unzureichend sind“¹⁶⁶,

158 Zum Grundrechtsschutz durch Verwaltungsverfahren *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. Bd. V, 2007, § 109 RN 21 f.

159 Vgl. BVerfGE 60, 253 (295); 69, 1 (25); 77, 170 (229).

160 BVerfGE 94, 166 (199 f.).

161 Hierzu BVerfGE 125, 175 Ls. 2 (222, 225); 132, 134 (159, 162 RN 69), BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3426 [RN 76]); *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl., 2013, RN 225 ff.

162 BVerfGE 125, 175 (224).

163 BVerfGE aaO.; s. auch E 91, 93 (111 f.).

164 So auch BVerfGE 125, 175 (224).

165 BVerfGE 132, 134 (162 f.). Ähnlich BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 Ls. 1 (3426 RN 80).

166 BVerfGE 125, 175 (225 f.); 132, 134 (165 RN 78); BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 81).

nicht aber ob der Gesetzgeber die „gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Lösung“ zur Bemessung des Existenzminimums gewählt hat¹⁶⁷. Evident unzureichend sind Sozialleistungen nur, wenn sie offensichtlich in der Gesamtsumme keinesfalls „ein menschenwürdiges Existenzminimum sicherstellen können“¹⁶⁸.

Entscheidend für die Konkretisierung der Verfassungsvorgaben und die Grenzen der gesetzgeberischen Ausgestaltungsfreiheit sind die „Ergebnisse“ des Gesetzgebers, also insbesondere Höhe und Umfang der von der Verfassung dem Grunde nach vorgegebenen Sozialleistungen, nicht aber die „Verfahren der Gesetzgebung“, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehoben hat¹⁶⁹. Damit trägt der Gesetzgeber grundsätzlich nur das Risiko eines Ergebnisfehlers, nicht auch das eines Verfahrensfehlers. Halten sich die von ihm festgesetzten Leistungen noch innerhalb einer Konkretisierungsbreite und beruhen sie nicht gerade auf „schlicht gegriffene[n] Zahlen“ oder „Schätzungen ins Blaue hinein“¹⁷⁰, so sind sie verfassungskonform.

Denn für das Gesetzgebungsverfahren lassen sich hinsichtlich der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) „keine spezifischen Pflichten“ ableiten¹⁷¹. Insbesondere schreibt das Grundgesetz nicht vor, „wie und wann genau im Gesetzgebungsverfahren zu begründen und zu berechnen ist, sondern lässt Raum für Verhandlungen und für den politischen Kompromiss“¹⁷² und für die Berücksichtigung der „finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte“¹⁷³. Maßgeblich ist, „dass im Ergebnis die Anforderungen des Grundgesetzes nicht verfehlt werden“¹⁷⁴. Das Bundesverfassungsgericht betont ausdrücklich,

167 BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 80); ähnlich auch BVerfGE 130, 263 (294) hinsichtlich der Angemessenheit der Alimentation (Art. 33 Abs. 5 GG).

168 BVerfG NJW 2014, S. 3426 RN 81.

169 BVerfGE 132, 134 (162 f. RN 70); BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 77).

170 Zur Verfassungswidrigkeit vgl. BVerfGE 125, 175 (238 f., 250); BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3427 RN 87).

171 BVerfGE 132, 134 (163); BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 77).

172 BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 77).

173 BVerfGE 125, 175 (224 oben).

174 BVerfGE 132, 134 (162 unten); wörtlich fast gleichlautend BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 77 a.E.).

dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber für die Ermittlung des menschenwürdigen Existenzminimums „keine bestimmte Methode“ vorschreibe¹⁷⁵; vielmehr wird das Recht der Legislative betont, „die Methode zur Ermittlung der Bedarfe und zur Berechnung der Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst aus[zu]wählen“¹⁷⁶. Insgesamt muss die Höhe der Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums vom Gesetzgeber nicht einmal tragfähig begründet werden, sondern muss nur „tragfähig begründbar“ sein¹⁷⁷.

3. Gerichtliche Vorgaben für den Gesetzgeber

Im Ergebnis zutreffend bezeichnet das Bundesverfassungsgericht die Aufgabe des Gesetzgebers, die zur Berechnung des Existenzminimums von ihm eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offenzulegen, als „Obliegenheit“¹⁷⁸, wie es auch in anderem Zusammenhang von einer „Darlegungslast“ und „Obliegenheit“ des Haushaltsgesetzgebers gesprochen hat¹⁷⁹. Über eine „Darlegungslast“ des Gesetzgebers bei prognostischen Fallgestaltungen wird auch im Schrifttum diskutiert¹⁸⁰.

175 BVerfGE 125, 175 (225); 132, 134 (163); BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 78).

176 BVerfGE 132, 134 (163); ähnlich E 125, 175 (225); BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 78).

177 BVerfG v. 23.7.2014, NJW 2014, S. 3425 Ls. 1 (3426 RN 80); ähnlich E 132, 134 (165, 170).

178 BVerfGE 125, 175 (226, 238).

179 BVerfGE 79, 311 (344). Zur (möglichen) „Obliegenheit“ von Bund und Ländern in der Haushaltsplanung BVerfGE 86, 148 (266); zur „Obliegenheit“ von Schuldern, ihre Forderungen im Gesamtvollstreckungsverfahren geltend zu machen, BVerfGE 92, 262 (275); zur „Obliegenheit“ politischer Parteien, Wahlvorschlägen Unterstützungsunterschriften beizufügen, BVerfGE 114, 107 (115); zu „Obliegenheiten“ von Gerichten BVerfGE 118, 124 (153); 122, 190 (209); zu „Obliegenheiten“ in verfassungsgerichtlichen Verfahren BVerfGE 86, 46 (49); 91, 93 (107); 125, 104 (120); 129, 78 (93); 129, 356 (374); 132, 287 (293); 134, 106 (116). Zur Darlegungslast von Prozess- oder Verfahrensparteien BVerfGE 48, 271 (280); 51, 268 (286); 61, 82 (117); 74, 102 (114); 83, 82 (86); 96, 217 (222); zur Darlegungslast des Haushaltsgesetzgebers BVerfGE 119, 96 (140); zur Darlegungslast der Bundesregierung bei einer Aktenverweigerung BVerfGE 124, 78 (139 f.); zur Darlegungslast bei ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen BVerfGE 85, 1 (21); 99, 185 (198); 114, 339 (354).

180 Vgl. *Reyes y Ráfales*, Mindestationalität im inneren Gesetzgebungsverfahren als Verfassungspflicht, in: *Rechtstheorie* 45 (2014), S. 35 (45 oben).

a) Zur Unterscheidung von Pflicht und Last sowie Obliegenheit

„Last“ sowie „Obliegenheit“ unterscheiden sich grundlegend von der „Pflicht“. Während der Verpflichtete zur Erfüllung gezwungen werden und im Falle der Nichterfüllung zum Schadensersatz verpflichtet werden kann, scheidet diese Sanktionen bei einer Obliegenheitsverletzung oder der Versäumung einer Last von vornherein aus, so dass in beiden Fällen eine Durchsetzung gegen den Willen des Belasteten ausgeschlossen ist. Allerdings muss dieser gegebenenfalls eine schlechtere Rechtsposition hinnehmen¹⁸¹. Weder Obliegenheiten noch Lasten stellen (echte) Rechtspflichten dar, weshalb sie auch dann, wenn sie im Interesse eines Anderen auferlegt sind, von diesem nicht erfüllungshalber geltend gemacht werden können¹⁸².

Obliegenheiten heben sich von Lasten dadurch ab, dass die an eine Verletzung geknüpften Rechtsnachteile im Regelfall erst bei Verschulden eintreten, weshalb man auch von einem „Verschulden gegen sich selbst“¹⁸³ oder von „Pflichten minderer Zwangsintensität“¹⁸⁴ spricht.

Ohne jeglichen Pflichtcharakter und verschuldensunabhängig enthalten Lasten nur die Zuweisung von Risiken und Nachteilen und führen insbesondere im Prozessrecht zur Verschlechterung der Situation derjenigen Partei, die Lasten nicht beachtet¹⁸⁵. Der Begriff „Last“ ist nach allem auch im verfassungsprozessualen Verfahren trotz der uneinheitlichen Terminologie des Bundesverfassungsgerichts¹⁸⁶ der „Obliegenheit“ vorzuziehen, der schon vom Wortsinn her („obligatio“) immer etwas Verpflichtendes anhaftet.

Geht es im Verfassungsprozess um die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, so trägt der Gesetzgeber die Last der Nichtigerklärung einer Norm¹⁸⁷,

181 Vgl. hierzu [Larenz]/Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., 2012, § 19 RN 38, S. 210.

182 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd., 15. Aufl., 1959, § 74 IV, S. 444.

183 Vgl. [Larenz]/Wolf/Neuer, aaO., § 19 RN 40, S. 210 f.

184 *Reimer Schmidt*, Die Obliegenheiten, 1953, S. 315.

185 Hierzu [Larenz]/Wolf/Neuer (FN 181), § 19 RN 41 f., S. 211; zur Gegensätzlichkeit von Pflicht und Last grundsätzlich *James Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, 1925, S. 335 ff.; s. ferner *R. Schmidt*, Die Obliegenheiten (FN 184), S. 89 ff., insb. 94 f.

186 Hierzu die Nachw. in FN 179.

187 Vgl. schon *Merten*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Sorgfalts- oder Verfassungspflicht?, in: Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, 1989, S. 81 (90 sub III 4); *Waldhoff*, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“, in: *Deppenheuer u.a.* (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Isensee, 2007, S. 342.

wenn das Gericht trotz Respektierung eines Einschätzungs-, Konkretisierungs- und Gestaltungsspielraums der Legislative die Verletzung materiell-rechtlicher oder formell-rechtlicher Verfassungspflichten attestiert. Eine schuldhafte Verletzung ist hierfür nicht erforderlich, so dass „Gedankenlosigkeit“ oder eine „subjektive Willkür des Gesetzgebers“ ebenso unbeachtlich sind¹⁸⁸ wie der Umstand, dass „im Gesetzgebungsverfahren keine präzisen Vorstellungen“ über einen bedeutsamen Zusammenhang bestanden¹⁸⁹. Zwar steuern derartige Vorkommnisse im Gesetzgebungsverfahren keine die gesetzgeberische Entscheidung rechtfertigenden Gesichtspunkte bei, wie das Gericht leicht spöttisch bemerkt, begründen aber auch keinen Verfassungsverstoß¹⁹⁰.

b) Fehlende besondere Verfassungspflichten für das Gesetzgebungsverfahren

Zu kurz geschlossen ist es, aus dem Gebot der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu folgern: Der Gesetzgeber „schuldet ... auch ein sorgfältiges Verfahren“¹⁹¹. Denn Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bedeutet nicht zwingend Sorgfältigkeit des Gesetzes, und das postulierte sorgfältige Verfahren ist etwas anderes als ein verfassungsgemäßes Verfahren, das in formeller Hinsicht nur die Einhaltung der Art. 76 ff. GG und materiell die Verfassungskonformität des Gesetzes gebietet.

Unbeschadet der durch die Verfassung vorgegebenen Regeln ist „die Gestaltung des Gesetzgebungsverfahrens ... Sache der gesetzgebenden Organe“¹⁹². Daher kann auch das Bundesverfassungsgericht in das Selbstorganisationsrecht der gesetzgebenden Organe nicht ohne weiteres, sondern nur dann eingreifen, soweit es die Verfassung vorgibt oder gestattet¹⁹³. Hierauf ist zu achten, wenn man aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „Pflichten“ für ein optimales inneres Gesetzgebungsverfahren ableiten will. Die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erschöpft sich nicht in einem Grundgesetz-Ausführungsrecht. Daher ist die schon gän-

188 BVerfGE 75, 276 (286).

189 BVerfGE 132, 72 (95).

190 BVerfGE 132, 72 (95 f.).

191 So aber *Burkhart*, Die Pflicht zum guten Gesetz (FN 11), S. 202.

192 So BVerfGE 36, 321 (330 sub C I); vgl. auch E 1, 144 (148 ff.); 10, 4 (19 f.); 29, 221 (234).

193 Vgl. hierzu BVerfGE 102, 224 (236).

gig gewordene Definition *Fritz Werners* vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“¹⁹⁴ zwar schöpferisch, aber nicht erschöpfend, weil die Verfassung für die Gesetzesschöpfung vielfach nicht Vorgabe, sondern nur Grenze ist. Daher kann das Gesetzgebungsverfahren auch mit dem gerichtlichen oder administrativen Verfahren nicht gleichgestellt werden¹⁹⁵, was sich auch auf die Kontrolle auswirkt. Denn im Unterschied zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen und den Prozessordnungen fehlt es an einer Gesetzgebungsordnung, und werden Akte der Legislative im Gegensatz zu denen der Exekutive und Judikative nicht begründet¹⁹⁶. Die Begründung der Gesetzentwürfe stellt keinen Ersatz dar, da diese im Gesetzgebungsverfahren vielfach geändert, ergänzt oder verschlankt werden, wobei sie gelegentlich in den Vermittlungsausschuss als „Dunkelkammer“¹⁹⁷ der Gesetzgebung geraten, so dass eine abschließende Begründung des auszufertigenden Gesetzes nicht möglich ist.

Nur aus der Verfassung ableitbare Gebote vermögen Pflichten für Gesetzgebungsorgane zu statuieren. Daher hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Pflicht der Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union „umfassend und zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu unterrichten“ ein weitgehendes Gebot umfassender Information auch über informelle und noch nicht schriftlich dokumentierte Vorgänge abgeleitet¹⁹⁸. Je abstrakter die im Grundgesetz enthaltenen oder in ihm verwurzelten Begriffe wie „Alimentationsprinzip“ oder „menschenwürdiges Existenzminimum“ sind, desto stärker muss der Gesetzgeber seine Entscheidungen in nachprüfbarer sachlicher Weise fundieren, um Verfassungsverstöße wegen „evidenter Sachwidrigkeit“, auf die sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle beschränkt¹⁹⁹, zu vermeiden. Allerdings betreffen derartige verfassungsrecht-

194 DVBl. 1959, S. 527 ff., auch in: Bettermann/Ule (Hrsg.), *Fritz Werner*, Recht und Gericht in unserer Zeit, 1971, S. 212 ff.

195 Vgl. auch BVerfGE 82, 30 (37 oben).

196 Der Gesetzgeber muss seine Absichten im Gesetzeswortlaut nicht bekunden (vgl. BVerfGE 49, 89 [129 oben]) und braucht sie deshalb auch nicht zu begründen (vgl. BVerfGE 132, 134 (162)).

197 So *Schenke*, Gesetzgebung zwischen Parlamentarismus und Föderalismus, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 55 RN 47; s. in diesem Zusammenhang auch BVerfGE 125, 104 (124).

198 BVerfGE 131, 152 (213).

199 Vgl. BVerfGE 130, 263 (294 unten).

liche Anforderungen an die Sach- und Realitätsgerechtigkeit, wie das Bundesverfassungsgericht hervorhebt, immer nur das Gesetz als Ergebnis, nicht aber das von der Legislative gewählte Verfahren²⁰⁰.

V. Gesetz, nicht Gesetzgebungsverfahren als „Schuld“ der Legislative

Nach allem behält die von *Geiger*²⁰¹ aufgestellte, von *Schlaich*²⁰² bestätigte und in jüngerer Zeit vom Bundesverfassungsgericht²⁰³ zustimmend zitierte These, der Gesetzgeber schulde „von Verfassungen wegen grundsätzlich nur ein wirksames Gesetz“ seine Richtigkeit.

Selbstverständlich schuldet der Gesetzgeber ein wirksames und damit verfassungskonformes Gesetz, das Vorgaben und Grenzen der Verfassung beachtet, mit den Verfassungsprinzipien und Verfassungsgrundsätzen²⁰⁴ übereinstimmt und insbesondere bei konkretisierungsbedürftigen Verfassungsbegriffen oder bei Systemwechseln oder Systemdurchbrechungen ein sach- und realitätsgerechtes sowie folgerichtiges Ergebnis liefert.

Eine generelle Pflicht zu einer optimalen Methodik der Gesetzgebung ist aber weder aus der Verfassung abzuleiten noch vom Bundesverfassungsgericht postuliert worden, das auch in der jüngeren Rechtsprechung keine legislatorischen Pflichten für das innere Gesetzgebungsverfahren gefordert, sondern im Gegenteil dem Gesetzgeber trotz einzelner prozeduraler Vorgaben die Methodenauswahl überlassen hat²⁰⁵. Ungeachtet des Fehlens jeglichen verfassungsrechtlichen Anhaltspunktes für Pflichten im inneren Gesetzgebungsverfahren bliebe offen, ob den Gesetzgeber gleichsam zur gesamten Hand oder jeden Gesetzesbeteiligten derartige Pflichten träfen und welche Optimierungsmöglichkeiten für welchen Gesetzestyp zu wählen wären.

200 BVerfGE 132, 134 (162).

201 Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: Thomas Berberich u.a. (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, 1979, S. 131 (141).

202 Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: *VVDStRL* 39 (1981), S. 99 (109, 144 Ls. 4); *ders./Korioth*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl., 2012, RN 542; hierauf weist auch Waldhoff (FN 187) S. 325 (337 sub III) hin.

203 E 130, 263 (301).

204 Hierzu oben sub II.

205 BVerfGE 132, 134 (163); auch E 125, 175 (225); BVerfG NJW 2014, S. 3425 (3426 RN 78).

Während für den Gesetzgeber bestimmte materielle und formelle Pflichten aus der Verfassung folgen, ist für ihn die weitere Ausgestaltung des Verfahrens lediglich eine Last (Obliegenheit), so dass Versäumnisse keine Verfassungspflichten verletzen, sondern im Verfassungsprozess lediglich Rechtsnachteile bringen. Das Verfassungsgericht kann gegebenenfalls ein Gesetz wegen Fehler im inneren Gesetzgebungsverfahren trotz der Einschätzungs-, Beurteilungs-, Konkretisierungs- und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für nichtig erklären.

Buenas prácticas y códigos de conducta: ¿Sustitutivos de la legislación?

Prof. Dr. *Josep Ramón Fuentes i Gasó*

I. Introducción

El Derecho Público contemporáneo surgido después de la revolución francesa se fundamenta en la sumisión del poder público a la Ley y la vinculación positiva o *positive Bindung* a ésta del conjunto entes públicos¹, como consecuencia del principio de separación de poderes *strictu sensu*. Una vinculación que, “aunque supone una garantía frente al ciudadano para evitar la actuación arbitraria de aquélla, es asimismo un corsé que condiciona la capacidad de reacción del poder público. Lo que nace como una salvaguarda frente a la tiranía, se convierte al mismo tiempo en una trampa mortal para la efectividad del Estado”.²

Ahora bien, las normas constitucionales, más allá de dar respuesta a estas limitaciones, han seguido la tradición liberal del pleno sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico -a la ley y al Derecho-³ bajo el atento y absoluto control de la judicatura, como garantía suprema del Estado de Derecho. En nuestro sistema jurídico este proceso evolutivo fue magníficamente descrito por el profesor García de Enterría, que bajo la gráfica expresión de una “lucha contra las inmunidades del poder”, afirmaba que “el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable. A ello llevan otras razones de principio que no es este el momento oportuno para puntualizar, pero, por de pronto, una razón básica, que no es un poder soberano”.⁴

1 GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 10a. ed., Madrid, 2001, pág. 439

2 SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, mayo-agosto 2006, pág. 223.

3 Así lo disponen los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española (CE).

4 GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, E., “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pág. 204.

En este sentido, es posible afirmar que hoy en día nos encontramos ante un “Derecho móvil, disponible, imprevisible, regido por una especie de tácita metarregla que advierte que cualquier regla, durante la interacción puede ser desconocida o modificada”⁵, un contexto que ha sido calificado, ya desde antes de la primera mitad del siglo XX, de “crisis del Derecho”⁶, “crisis de la ley”⁷, o incluso “declinación del Derecho”⁸. En este contexto, nos encontramos ante un Derecho que se ve obligado a “emanciparse en buena parte de las instrucciones de programas legales de actuaciones, quedando entonces directamente dependiente de procesos de consenso (...) para poder cumplir sus tareas de concreta ordenación”.⁹

La idea de post-modernidad, trae, como una de sus principales consecuencias, la debilitación de viejos conceptos iuspublicistas, como el principio de la supremacía del interés público sobre el privado; la legalidad administrativa como vinculación positiva y negativa a la ley; la idea de un poder ejecutivo unitario fundada en relaciones de subordinación jerárquica entre la burocracia y los órganos de cúpula del gobierno; la nueva configuración de la noción de servicio público; la intangibilidad del mérito administrativo consistente en la imposibilidad de control de las elecciones discrecionales de la Administración Pública, entre otros.¹⁰

II. El nacimiento de un nuevo derecho: el *soft law*

En este nuevo panorama de transformación de las bases del poder y el derecho público, el principio de legalidad se ha separado lenta pero progresivamente del principio de autoridad del Derecho. Y la causa de esta separación no es otra que la aparición de una fuente alternativa, caracterizada por su falta de normatividad, alejada de la rigidez del principio de legalidad *strictu sensu*¹¹. Una fuente tan indeterminada en su contenido, que ha recibido el genérico y

5 FERRARI, V., *Funciones del Derecho*, Madrid, 1989, págs. 150-151.

6 *Vid.*, en este sentido, A.A.V.V., *La crisis del Derecho*, Buenos Aires, 1961.

7 *Vid.*, en este sentido, CARNELUTTI, F., “La crisi della legge”, en AAVV., *Discorsi intorno al Diritto*, Padua, 1937.

8 *Vid.*, en este sentido, RIPERT, G., *Le déclin du Droit*, París, 1949.

9 OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, 1992, págs. 20-21.

10 SADDY, A., “Códigos de conductas como fuentes hetero y autovinculativas del derecho administrativo”, en *Revista Jurídica Anima*, vol. V, 2013, pág. 519.

11 SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *op. cit.*, pág. 223.

ambiguo nombre de *soft law*, que ha sido traducido bajo multitud de denominaciones¹², como “Derecho flexible”.¹³

La propia significación común, externa a las ciencias físicas, de este término apunta a una multiplicidad de traducciones jurídicas, a una relativa indeterminación del concepto de “flexibilidad normativa”¹⁴. En efecto, siendo la flexibilidad “la disposición para doblarse fácilmente”¹⁵, o bien para “doblarse sin romperse”¹⁶, las posibilidades de dotarla de un contenido jurídico son innumerables.

Bajo el término *soft law* se engloba un amplio abanico de actos, instrumentos jurídicos o, incluso, “normas” *latu sensu* dotados de cierta “ductilidad” -para algunos¹⁷- que a pesar de carecer de carácter obligatorio y de tener unos efectos jurídicos que no resultan del todo claros¹⁸, de una u otra manera se hallan en el sistema de fuentes: instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, acuerdos, convenios, buenas prácticas, códigos de buen

- 12 La doctrina nos ha obsequiado con traducciones tan ingeniosas como “Derecho flexible”, “Derecho blando”, “Derecho suave”, “Derecho dúctil” e incluso “Derecho verde”. Ha habido quien ha propuesto mantener el concepto en inglés, lo que, comparado con las soluciones indicadas, parece la medida más prudente. En cualquier caso, la propia terminología es objeto de discusión. Así, por ejemplo, a PALÁ LAGUNA, R. se le plantea la duda de si las expresiones “derecho blando” o “legislación blanda” encierran un auténtico “oxímoron”. Y ello se podría desprender del sentido del aforismo romano *dura lex, sed lex*. “En cualquier caso es una expresión vacía de contenido -la ley no puede ser blanda-“. “*Soft Law, moral suasion* y autorregulación: ¿tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de las normas jurídicas?”, en *Nul. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2010, pág. 2.
- 13 Esta denominación ha sido popularizada en el ámbito jurídico por CARBONNIER, J. y ya puede considerarse incorporada en nuestro acervo. *Vid.* en este sentido, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, 1994.
- 14 *Vid.* MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, 2003, pág. 25.
- 15 *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 21ª ed., 1992, tomo I, pág. 976.
- 16 *Vid.* CASARES, J., *Diccionario ideológico de la lengua española*, Barcelona, 2ª ed., 1994, pág. 394.
- 17 La expresión “Derecho dúctil” hace referencia a una de las características de este “nuevo” Derecho, que, como en el caso del “Derecho flexible”, forma ya parte de nuestra terminología habitual. *Vid.* ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, 1995.
- 18 En el derecho romano encontramos las *leges imperfectae* cuando las normas carecían de la *sanctio*. Es decir, se vinculaba la efectividad u obligatoriedad a la existencia de mecanismos coercitivos.

gobierno, códigos de conducta y “un largo etcétera de instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del Derecho”.¹⁹

El *soft law* parece estar dotado de dos características principales: En primer lugar, carece, por definición, de un aspecto fundamental de las normas jurídicas: el efecto o la consecuencia jurídica, la sanción²⁰. Así pues, nos hallamos ante instrumentos jurídicos que aun no siendo obligatorios influyen, sin duda, directamente tanto en el comportamiento de los órganos administrativos propios, como en la acción de otros ámbitos legislativos y, por ende, en el conjunto de la sociedad²¹. Esta suerte de “normas” adopta formas bien diversas y se encuentra más próxima a los criterios de la gestión pública que no estrictamente a la forma reguladora de los poderes legislativos dado que no cumple con la totalidad de los elementos que vienen a configurar la norma jurídica tradicional.²²

En segundo lugar se caracterizan por cierta relevancia jurídica²³. En buena medida, de instrumentos que recuperan para el ámbito jurídico público las características básicas de una norma social. Así, las administraciones o instituciones públicas que no cumplen lo que recomiendan estas normas sólo incurren en un mayor o menor descrédito en función de elementos subjetivos. Desde el punto de vista de la finalidad de la norma, no se persigue tanto un cumplimiento estricto de lo regulado o propuesto mediante recomendaciones o la expresión de las prácticas reconocidas como correctas y, por tanto a seguir, como de que se cree un estado de opinión favorable a su implementación y cumplimiento desde la convicción más que recurriendo a la obligación.²⁴

La producción de *soft law* no es ni mucho menos monopolio del ámbito público, sino que también opera en el ámbito privado; en particular en el de las relaciones económicas. A pesar de ello, hay quien opina que en el caso de

19 SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *op. cit.*, pág. 223.

20 Lo máximo que puede llegar a suceder es que la institución o el individuo que incumpla un precepto de *soft law* consiga el descrédito de la sociedad por la desobediencia de la norma. IBÁÑEZ GARCÍA, I., “Notas sobre el soft law”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 8, tomo 1, 2008, pág. 2.

21 IBÁÑEZ GARCÍA, I., *op. cit* , *ibídem*.

22 La ausencia de condición normativa parece ser bastante compartida. Así pues, para IBÁÑEZ GARCÍA, I., un aspecto fundamental del *soft law* deriva de la conciencia de saber que se trata de indicaciones y no de una norma como tal. Si se toma como lo segundo, se corre el riesgo de vulnerar los principios de jerarquía, seguridad jurídica, legalidad y publicidad de las normas. *op. cit.*, pág. 4-5.

23 MAZUELOS BELLIDO, A., “Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, diciembre 2004, pág. 2.

24 IBÁÑEZ GARCÍA, I., *op. cit* , pág.4.

las Administraciones Públicas ya encontramos una serie de principios que informan de su actuación y que podrían suplir la existencia de las normas de *soft law*. En cambio, en el caso del sector privado es más lógica su existencia en cuanto no tienen la necesidad de legitimar sus actuaciones más allá de la expectativa de sus ganancias en una estrategia de mercado y su penalización es el hecho de disminuir sus ingresos.²⁵

En este sentido, el *soft law* se ha utilizado para regular la estructura de la organización interna de las administraciones o materias que deben regularse entre la recomendación y la norma, mediante instrumentos como las instrucciones, las circulares y las órdenes de servicio, con lo que tienen efectos puramente domésticos en la Administración²⁶. Asimismo, estas “prácticas paralegales”²⁷ recogen normas de conducta no previstas en la ley y dejan su cumplimiento a la discreción del empresario, sin prever sanciones civiles o administrativas en caso de su falta de acomodo a esas directrices que, emanadas bien directamente de la administración pública, bien de los sectores económicos afectados, pretenden solucionar posibles conflictos de interés con técnicas carentes de rango normativo reconocido en nuestro sistema jurídico.²⁸

III. El *soft law* en la Unión Europea²⁹

La expresión *soft law* tiene su origen en el Derecho internacional³⁰ y posteriormente se desarrolló en el Derecho comunitario. En sede europea el *soft law* se configura en relación con la capacidad normativa de las instituciones como “un derecho cuyo estatuto es incierto, menos vinculante, menos seguro,

25 MUIÑA DÍAZ, M., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., “La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pág. 151.

26 SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *op. cit.* pág. 226.

27 GARCÍA-ALVAREZ, G. califica a estos procedimientos como “prácticas parareglamentarias” que bordean –por fuera- el Estado de Derecho y que se apoyan en la pretensión de los operadores económicos de conseguir rápidas soluciones en casos de vacío legal. “Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico”, en *RAP* núm. 171, 2006, pág. 143.

28 PALÁ LAGUNA, R., *op. cit.*, págs. 1-2.

29 *Vid. in totum*, el espléndido trabajo de ALONSO GARCÍA, R., “El *soft law* comunitario”, en *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 63 a 94.

30 *Vid. in totum*, MAZUELOS BELLIDO, A., *op. cit.*, págs. 1-40; KLABBERS, J., “The redundancy of soft law”, en *Nordic Journal of International Law*, núm. 65, 1996, págs. 167-182.

que se traduce por una armonización ficticia y por una transposición aleatoria [de las normas] en los ordenamientos jurídicos nacionales”.³¹

La Unión Europea (UE) concedió carta de naturaleza a estas nuevas técnicas de producción normativa de derecho flexible *latu sensu* mediante en el Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión “Legislar mejor” de 2003³². Y, en este sentido, las tres instituciones convienen en acudir a las técnicas del derecho flexible cuando se considere que no es conveniente u oportuno el establecimiento de normas con fuerza de ley -directivas o reglamentos-³³. Así, reconocen “la utilidad de emplear mecanismos de regulación alternativos, cuando sea necesario y el Tratado CE no imponga específicamente recurrir a un instrumento jurídico”³⁴. Las técnicas de *soft law* que se proponen como mecanismos de regulación alternativos -*alternative regulation mechanisms*- son la “corregulación” y la “autorregulación” y se utilizarán cuando su ejercicio “se ajuste siempre al Derecho comunitario y respete los criterios de transparencia -publicidad de los acuerdos, en particular- y representatividad de las partes implicadas”³⁵. En este sentido, ante una determinada situación a regular, la Comisión Europea debe analizar la oportunidad de una respuesta legislativa o de la adopción de otras alternativas como la correulación o la autorregulación.³⁶

En el Acuerdo Institucional “Legislar mejor” en el punto 18 define la “corregulación” como “el mecanismo por el que un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate, en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones

31 COT, J. P., *Informe sobre el Informe de la Comisión al Consejo Europeo – ‘Legislar mejor 1997’* (COM (97) 0626 – C4-0656/97) de 26 de noviembre de 1998, párrafo 11, pág. 6.

32 Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión “Legislar mejor” (2003/C 321/01) DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003 (*vid.* nota 32).

33 La Comisión Europea se expresa en esta misma línea en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: *Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, Bruselas, 16.3.2005 COM (2005) 97 final.

34 Punto 16 del Acuerdo Institucional “Legislar mejor”.

35 De acuerdo con el punto 17 del Acuerdo Institucional, estos mecanismos no serán aplicables en o para cuestiones que afecten a los derechos fundamentales o se trate de opciones políticas importantes, o en situaciones en que deban aplicarse uniformemente las normas en todos los Estados miembros. Deberán garantizar una regulación rápida y flexible que no afecte a los principios de competencia ni a la unicidad del mercado interior.

36 PALÁ LAGUNA, R., *op. cit.*, pág. 2.

no gubernamentales o las asociaciones.” Y en el punto 22 define la “autorregulación” como la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo, en particular, códigos de conducta o acuerdos sectoriales.

En principio, la autorregulación tendría su campo natural de actuación en aquellos ámbitos no regulados por los tratados o en los que la UE aún no ha legislado. Así pues, la Comisión Europea puede presentar una propuesta normativa con base en esas normas de conducta. La autorregulación es una manifestación del *soft law* comunitario, aunque no la única, también comprende otras normas no vinculantes como las recomendaciones y los dictámenes³⁷. En este sentido se ha expresado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): la ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos.³⁸

IV. El buen gobierno y la buena administración

La expresión “buen gobierno” no es de nuevo cuño, de hecho ya en tiempos de Séneca y Aristóteles se hablaba de ello e incluso encontramos representaciones pictóricas sobre el buen y el mal gobierno como las de Ambrogio Lorenzetti (1337-1340)³⁹. Así pues, muy pronto el buen gobierno se plasmará en la actuación pública a través de la “buena administración” y ello de la mano de un concepto fundamental, la ética pública.

A raíz de los casos de corrupción acaecidos en los últimos años del siglo XX -sobre todo a partir del escándalo Watergate- y de la constatación de que

37 Artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE): “Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes” -antiguo artículo 249 del Tratado Comunidad Europea (TCE)-.

38 A pesar de ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), “la naturaleza no vinculante de las recomendaciones y los dictámenes no impide, sin embargo, su calificación como instrumentos jurídicos integrantes del ordenamiento comunitario”. *Vid.* en este sentido, las Conclusiones de la Abogado General J. Kokott, presentadas el 19 de noviembre de 2009 -asuntos acumulados C -317/8 a C -320/8, Alassini *et al.*. I el asunto Grimaldi, 13 diciembre 1989 —322/88—, donde, refiriéndose a las recomendaciones, y tras recordar su falta de fuerza vinculante por imperativo del artículo 249 TCE, matizó que “los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos”.

39 FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Os códigos de bo goberno das administracións públicas”, en *Administración y ciudadanía*, vol. 2 núm. 2, 2007, pág. 26.

los funcionarios no son seres bondadosos por naturaleza,⁴⁰ se inicia el debate sobre la regulación de la ética en las Administraciones Públicas, que se básicamente se efectúa a través de los códigos de buena conducta⁴¹. Con ello se pretende que tanto los políticos como el personal al servicio de las administraciones públicas se comporten de forma íntegra y en aras siempre al interés general con el fin de evitar en todo momento la arbitrariedad⁴² ya que “las instituciones son propiedad de la ciudadanía y no de los partidos políticos o de los gobernantes, y por eso han de estar por completo a su servicio”.⁴³

Toda actividad pública cuenta con un mínimo de ética al cumplir con las disposiciones anteriormente enunciadas. De todos modos y de forma específica se han ido aprobando una serie de instrumentos: los códigos de conducta, los sistemas de incompatibilidades y sistema de resolución de los conflictos de intereses⁴⁴. Es a partir de la conciencia de que la Administración debe ordenar y gestionar el conjunto de servicios que han de ofrecerse al ciudadano, que surge su derecho a disfrutar de un buen gobierno o una buena administración.⁴⁵

De otro lado, la buena administración supone, en cualquier caso, la obligación de resolver en la forma más adecuada atendiendo a las circunstancias y los hechos determinantes y los diferentes intereses implicados, no sólo atendiendo a los principios de eficiencia y eficacia –como muy a menudo se han manifestado los paladines de la *nueva gestión pública*-⁴⁶, sino también al prin-

40 DIEGO BAUTISTA, Ó., “Los códigos éticos en el marco de las Administraciones Públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 65, 2005, págs. 123-154.

41 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Ética pública y normativa administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 181, 2010, pág. 18

42 MUIÑA DÍAZ, M., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., *op. cit.*, pág. 136. En este sentido, “(...)si atraemos la cuestión a nuestro ordenamiento constitucional, por ejemplo, se trata de que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”, tal y como consagra respectivamente la norma fundamental en los arts. 103.1 y 9.3 CE respectivamente.

43 RODRÍGUEZ ARANA, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de Instituciones Públicas”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2008, pág. 114.

44 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *op. cit.*, pág. 21.

45 RODRÍGUEZ ARANA, J., *op. cit.*, pág. 115.

46 Encabezados, sin duda, por David OSBORNE y Ted GAEBLER que en 1992 establecen sus bases teóricas en *Reinventing Government*. Vid. en este sentido, *in totum*,

cipio de legalidad administrativa. Asimismo, administrar bien no sólo es producir buenas resoluciones administrativas –tanto desde el punto de vista formal como material- y prestar buenos servicios –dotados de calidad y sostenibles tanto económicamente, como ambientalmente- sino que toda decisión o actuación administrativa tiene que estar presidida también por el principio de transparencia.

El parámetro de la “buena administración” está reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como tal⁴⁷. Y no es extraño a la experiencia de los ordenamientos nacionales, que en algún caso lo consagran con rango constitucional⁴⁸ o en otros como los compuestos, en las normas superiores de sus ordenamientos territoriales⁴⁹. Ahora bien, en

BARZELAY, M., *La nueva gestión pública: un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003. Y, desde una perspectiva económica, *vid.* GARCÍA SÁNCHEZ, I. M., “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 47, 2007, págs. 37-64.

47 Art. 41:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
- El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
- La obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

48 Así la Constitución Finlandesa de 11 de junio de 1999 –en vigor desde 1 marzo de 2000-, lo incluye entre los derechos fundamentales de la persona:

“Disposiciones relativas a la publicidad de las actuaciones, el derecho a ser oído, el derecho a recibir una decisión motivada y el derecho de apelación, así como las demás garantías de un juicio justo y el buen gobierno se establecerán mediante una ley.”

Vid. en este sentido, ASTOLA MADARIAGA, J., “El sistema constitucional finlandés: una introducción”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 114, octubre-diciembre 2001, págs. 235-249.

49 Así por ejemplo, sucede en el caso de Catalunya, cuyo Estatuto de Autonomía (EAC), en su artículo 30, bajo la rúbrica “Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena administración”, dispone:

“1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.

2. Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Catalunya, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.

3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Catalunya y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.”

La previsión estatutaria es concretada por el artículo 22 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas, que prevé expresamente el “Derecho a una buena administración”:

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:

a) El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.

b) El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.

c) El derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.

d) El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.

e) El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o de los cuales estas puedan disponer.

f) El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas. (...)

Vid. en este sentido, GIFREU I FONT, J., “Bon govern a l’àmbit dels serveis públics locals: diagnosi de la situació”, en MOLES PLAZA, R. J., COCCIOLO, E. (dirs.), *Anàlisis dels elements del bon govern local*, Barcelona, 2011, págs. 155-181.

la mayoría se incluye en normas de rango ordinario⁵⁰ o en alguno, aun careciendo de plasmación escrita, es reconocido y aplicado por la judicatura en ejercicio del control jurídico público.⁵¹

El buen gobierno se refiere a una esfera más doméstica de la Administración en el sentido de que son todas aquellas normas que, de un modo u otro, corresponden a las prescripciones éticas que han de guiar la conducta de los empleados públicos (sea cual sea el cargo que ostenten), mientras que la buena administración constituye aquel conjunto de prerrogativas que los ciudadanos podemos invocar cuando nos dirigimos a la Administración. Son lo mismo, pero visto desde diferente óptica. Ambas constituyen ética pública, pero se dirigen a sujetos distintos. Al fin y al cabo, como ya se ha apuntado, la buena administración es el resultado de la aplicación del buen gobierno en el seno de la Administración Pública.

En este sentido, la Recomendación para la Mejora de la Conducta Ética en la Administración Pública de la OCDE de 1998⁵² recomendaba a los Estados optar por la implantación de políticas que favorecieran una conducta ética por parte de sus empleados públicos incorporando los doce principios que enumeraba la misma, de los cuales siete hacían referencia a la necesidad de un código de conducta y buenas prácticas en el seno de la Administración Pública.⁵³

50 Así por ejemplo, Francia que ha promulgado la Ley núm. 2000-321, de 12 de abril, sobre los derechos de los ciudadanos en las relaciones con las administraciones. *Vid.* en este sentido, DENAUNAY, B., “La Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations”, en *Revue du droit public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, núm 4, julio-agosto 2000, págs. 1191-1238.

51 Éste es el caso del Reino Unido, dónde corresponde al juez determinar los principios de acuerdo con los cuales debe regirse la actuación administrativa. *Vid.* en este sentido, SCHWARZE, “Judicial review in EC law – Some reflections on the origins and the actual legal situation”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, pág. 17.

52 OCDE, *Trust in government: ethics measures in OECD countries*, 2000, págs. 74-75.

53 Los principios son los siguientes:

1. Necesidad de que los estándares éticos para los empleados públicos sean claros.
2. Que los estándares éticos se plasmen en el marco legal
3. Asesoramiento ético disponible para los empleados públicos.
4. Compromiso político de implantar conductas éticas en la Administración.
5. Que las instancias superiores de la Administración promuevan y ejemplifiquen el buen gobierno.
6. Que las políticas públicas, los procedimientos y las prácticas de la administración promuevan la conducta ética.

Hay que tener en cuenta que no sólo las administraciones públicas cuentan con códigos de buenas prácticas: el “buen gobierno” se ha extendido incluso a los clubes deportivos o las empresas privadas o las organizaciones internacionales.⁵⁴

V. ¿Qué son las buenas prácticas y los códigos de conducta?

En el ámbito administrativo, el código de conducta es una declaración establecida por un poder público en la que se definen las actitudes esperadas por parte de los servidores públicos señalando además principios éticos aplicables en su ámbito funcional o laboral⁵⁵. Abarca también un compendio de valores y antivalores así como una lista de responsabilidades y obligaciones jurídicas que desempeñan un papel orientador y de control al establecer las restricciones de comportamiento⁵⁶, aunque no se considera que tengan la importancia suficiente como para atribuirles una sanción por su incumplimiento.⁵⁷

Los códigos de conducta no sólo dependen de los principios éticos que establecen para poder desarrollarse, sino que, según SÁINZ MORENO, necesitan de “un marco de gestión” que incluye cuatro categorías: las herramientas que permiten definir la integridad -un código ético-, lo que la guían -cursos de formación-, los que la monitorean -informes anuales y auditorías- y los que la hacen cumplir -un sistema de sanciones-.⁵⁸

7. Que la gestión de recursos humanos y las condiciones de trabajo del servicio público promuevan conductas éticas.

54 FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pág. 41.

55 Hay autores, como GILMAN, S. C., que afirman que si los funcionarios ya ostentan una personalidad íntegra no es necesario que existan códigos de conducta que los guíen en sus actividades. Vid. *Ethics codes and codes of conduct as tools for promoting an ethical and professional public service: comparative successes and lessons*, 2005, pág. 7.

56 DIEGO BAUTISTA, Ó., *op. cit.*, pág. 129.

57 Vid., en este sentido, URÍA FERNÁNDEZ, F., “El buen gobierno en el ámbito del sector público. Una reflexión jurídica”, en AAVV, *La Administración Pública que España necesita*, Madrid, 2007, págs. 329-362.

58 SÁINZ MORENO, F., *Principios éticos y ejercicio de la función pública en la Universidad y en las profesiones jurídicas. Deontología, función social y responsabilidad*, Madrid, 2008, pág. 222.

Son una manera de garantizar la eficiencia en la actuación de las administraciones públicas sobre la base de compartir unos mismos valores con su personal, lo que permite una actuación orientada también hacia ellos⁵⁹ Pretenden favorecer una cultura de lo público basada en los valores que propugnan⁶⁰ con el fin de establecer normas que garanticen decisiones transparentes y comportamientos que faciliten las responsabilidades políticas⁶¹. Y, por otro lado, son un instrumento político en manos de la ciudadanía: el incumplimiento de las normas que ofrecen los códigos de conducta conduce a no cumplir con los objetivos de las políticas propuestas y, en consecuencia, genera malestar en la población y, en su caso, la reprobación pública.⁶²

A diferencia de las administraciones públicas, en las empresas privadas el incumplimiento de los códigos de conducta se sanciona con la presión de los accionistas y eventuales pérdidas -ya sea porque baja la cotización de las acciones o bien porque los inversores se mostrarán más reacios a ofrecer su capital-.⁶³

Los códigos de conducta deben contar con dos características básicas: de un lado, reforzar e incentivar la conducta positiva y de otro, ofrecer un cauce que adecue la conducta a las actividades que realice el individuo -no es lo mismo un inspector de trabajo que un funcionario de ventanilla-.⁶⁴

Sus objetivos últimos son establecer unas directrices que controlen el comportamiento de los empleados públicos y la existencia de una sistema de administración pública efectivo⁶⁵, de manera que se consiguen cuatro objetivos: aumentar las situaciones en que los funcionarios actúan de manera correcta, que éstos tengan la seguridad de que actúan como es debido por razones obvias, guiarlos en su actuación y especificar los principios morales que deben guiar su conducta.⁶⁶

59 DIEGO BAUTISTA, Ó., *op. cit.*, pág. 129.

60 GÁMEZ GÁMEZ, J. A., “El derecho a una buena administración desde la perspectiva de la ética pública”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (dir.), *El derecho de la ciudadanía a una buena administración; la administración electrónica*. Málaga, pág. 152.

61 URÍA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 341.

62 DIEGO BAUTISTA, Ó., *op. cit.*, pág. 130.

63 URÍA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 337.

64 DIEGO BAUTISTA, Ó., *op. cit.*, pág. 131.

65 GILMAN, S. C., *op. cit.*, pág. 8.

66 *Ibidem*, págs. 8-9.

De acuerdo con su naturaleza jurídica, los códigos de conducta se pueden clasificar en dos tipos:⁶⁷

- Normativos: aquéllos que incluyen una serie de normas que en caso de incumplimiento derivan en una sanción jurídica con lo que, en definitiva, son normas jurídicas.
- Orientadores: aquéllos que incluyen normas cuyo incumplimiento no deriva en una sanción jurídica con lo que no son normas jurídicas.

En cuanto a su eficacia, si no hay un mínimo de “compromiso” y de “creencia” en la bondad y la corrección de los principios que contienen éstos no tendrán ningún efecto sobre la ética de los funcionarios públicos. Una buena manera de fomentar esta conciencia respecto de su cumplimiento es que el personal también participe en su elaboración.⁶⁸

El hecho de que los códigos de conducta y de buenas prácticas en general sean abstractos hace que su aplicación sea muy complicada, lo que redundará en una falta de eficacia jurídica – por falta de previsión de infracciones y sanciones.⁶⁹ A pesar de ello, son un buen instrumento en cuanto a que los principios que tienen estos códigos de buen gobierno, más adelante, pueden funcionar como normas jurídicas⁷⁰. De todas maneras, el problema está en que no se observan estas normas y se empieza a creer que se pueden limitar las conductas no éticas a través de la recomendación, ya que no se logra mucho con la represión.⁷¹

VI. ¿Son sustitutivos de la legislación las buenas prácticas y los códigos conducta?

Los códigos de conducta y los manuales de buenas prácticas se basan en la conciencia, en la ética de la persona como individuo sin que pueda existir ninguna represalia en caso de incumplimiento -o, al menos, no en principio-. Su formulación, en una interpretación teleológica de la normas, no tiene la finalidad de sustituir a la legislación, sino simplemente de “orientar” la actuación de los sujetos a quienes se dirige el código de conducta o el manual de

67 Vid. GARCÍA MEXÍA, P., “La Ética pública: Perspectivas actuales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm.114, 2001, págs. 131-168.

68 MUIÑA DÍAZ, M., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., *op. cit.*, pág.166.

69 GILMAN, S. C. *op. cit.*, pág. 15.

70 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *op. cit.* 22.

71 FERNÁNDEZ FARRERES, G. *op. cit.*, pág. 35.

buenas prácticas. Más que “obligar” a su cumplimiento, pretenden “convencer” de la necesidad de una conducta⁷². En este aspecto, como ya se ha comentado, es donde podemos hablar de la cierta relevancia jurídica que caracteriza a las normas de *soft law*.

Las normas jurídicas, *per se*, han de cumplir con una serie de requisitos para conectar con la legitimación de los poderes públicos, y uno de ellos es el hecho de que han de tener fuerza vinculante. Si son meras indicaciones el mal comportamiento no podrá ser sancionado, de forma que este tipo de actuaciones quedarían impunes con lo que llegamos a la conclusión de que los códigos éticos en la Administración no son normas jurídicas.⁷³

En las administraciones públicas, como se ha puesto de manifiesto, constituyen una suerte de normas que guían su actuación, pero no tienen la fuerza vinculante de la legislación y en el momento en que la tuvieran, pasarían a ser una norma de *hard law* y no de *soft law*, con lo que nunca llegará a sustituirlo.

Estos instrumentos *soft law* son de aplicación más limitada: mientras que la legislación cubre todos los aspectos de la vida de un individuo, los códigos de buenas prácticas se limitan a dar pautas en su desarrollo laboral, de manera que una vez se termina la jornada o bien se deja de trabajar, ya no hay impedimentos “éticos”. A pesar de esto, las buenas prácticas han de ser interpretadas como las normas jurídicas, y ello supone que haya un amplio margen de maniobra a la hora de actuar en un sentido otro.⁷⁴

La existencia tanto de la legislación como de las buenas prácticas y de los códigos de conducta es realmente necesaria, puesto que se ocupan de dos áreas diferentes: la segunda, de la formación de la voluntad -“hago esto porque es lo que creo que debo hacer”- y la primera, de los resultados de una actividad -“lo hago así y tiene que ser así porque me obliga una norma”-. Así pues, siguiendo a CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR⁷⁵, quizás más que de sustitución habría que hablar de complemento en el sentido de que, como dice pueda ser un experimento para ver cuál sería su funcionamiento si en algún momento llegara a convertirse en una norma jurídica.

En definitiva, tal y como ya se ha comentado con anterioridad, estos instrumentos –buenas prácticas y códigos de conducta- son considerados *soft law* en la medida en que no son vinculantes y tampoco forman parte del sistema

72 IBÁÑEZ GARCÍA, I., *op. cit.*, pág. 2.

73 MUIÑA DÍAZ, M., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., *op. cit.*, pág. 152.

74 *Ibidem*, pág.151.

75 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *op. cit.*, pág. 22.

de fuentes del ordenamiento jurídico⁷⁶. En este trabajo trataremos de analizar los códigos de conducta y de buenas prácticas, centrándonos en qué son y cuáles son sus características principales, su problemática y si pueden llegar a sustituir a la legislación.

VII. Los códigos de conducta en la administración pública española

Aunque en el sector privado era ya una práctica habitual, en el caso español no se empieza a hablar de ética y de códigos de conducta en la Administración Pública hasta principios del siglo XXI⁷⁷. Ya en 1981 se recomendó, en la Mesa Redonda de la Asociación de Escuelas de Administración Pública, la creación de un catálogo de normas éticas que tuvieran la misión de guiar al personal público en sus actuaciones.⁷⁸

Los códigos de conducta como normas de *soft law* constituyen un ejemplo de instrumento de autovinculación en cuanto exponen el criterio seguido para determinar la interpretación que realiza la Administración de las normas; hasta el punto que si se apartan de él podrían llegar a vulnerar el principio de igualdad del artículo 14 CE.⁷⁹

A continuación vamos a examinar algunos supuestos específicos de códigos de conducta de las administraciones públicas españolas.

VII.1. El Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado⁸⁰

Este código establece, siguiendo las líneas generales de la OCDE⁸¹, cuáles son los valores que han de regir la actuación de los miembros del Gobierno y los

76 SARMIENTO DÍEZ-ESCUDERO, D., op. cit., pág. 241.

77 GÁMEZ GÁMEZ, J. A., op. cit., pág. 165.

78 MUIÑA DÍAZ, M., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., op. cit., pág. 142.

79 IBÁÑEZ GARCÍA, I. op. cit., pág. 3.

80 ORDEN APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (*BOE*, núm. 56, de 7 de marzo de 2005).

81 A pesar de todo, se añaden principios que el texto de la OCDE no enunciaba en su momento, lo que en ciertos momentos tiene como consecuencia el hecho de enunciar de distintas formas un mismo principio ético, lo que lleva a redundancias innecesarias que le quitan calidad al Código. *Vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G. op. cit., pág. 33.

altos cargos de la Administración General del Estado (AGE), a través de catorce principios éticos y once de conducta -que hasta ahora no habían sido establecidos explícitamente, aunque podían desprenderse del contenido de diferentes normas⁸² – que se pueden resumir en los siguientes aspectos:⁸³

- Dedicación al servicio público
- Transparencia informativa
- Austeridad en el uso del poder
- Prohibición de aceptar regalos
- Supresión de los tratamientos
- Promoción del entorno cultural
- Promoción y respeto de la igualdad de género⁸⁴

Nótese la naturaleza paralegal o de *soft law* en el hecho que no especifica ningún tipo de sanción, sino que el punto 4, apartado segundo, dispone que “El Consejo de Ministros, en el supuesto de que hubiera incumplimientos de los principios del código, adoptará las medidas oportunas”. Y el apartado primero establece la elaboración de un informe anual para implementar las medidas que se estimen convenientes en cuanto a su incumplimiento, aunque no dispone nada al respecto de la publicidad de estos informes.

El código se completó con la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la AGE⁸⁵ y es el antecedente claro de las normas contenidas en el Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).⁸⁶

82 CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., *op. cit.*, pág. 19. Vid. así mismo, FERNÁNDEZ FARRERES, G. *op. cit.*, pág. 33.

83 GÁMEZ GÁMEZ, *op. cit.*, págs. 145-146.

84 DE MIGUEL, M., RIBES, G., DE MIGUEL, B. y DEL VAL SEGARRA, M., *El buen gobierno en la Administración Pública española: principios incluidos y excluidos*. XV Congreso Nacional de Ética de la Economía y las Organizaciones; El Buen Gobierno de las Organizaciones. Barcelona, 8 y 9 de junio de 2007, pág. 7.

85 BOE, núm. 86, de 11 de abril de 2006.

86 BOE, núm. 89, de 13 de abril de 2007.

VII.2. El Estatuto Básico del Empleado Público⁸⁷

El EBEP establece por primera vez un catálogo de deberes todo empleado público⁸⁸ al amparo de lo dispuesto por el art. 103.3 *in fine* CE que determina que la ley deberá regular “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.⁸⁹

El catálogo incluye tres tipos de disposiciones:

- Deberes de conducta⁹⁰
- Principios éticos⁹¹
- Principios de conducta⁹²

87 Vid. CEA AYALA, Á., “Acerca del código de conducta y los deberes de los empleados públicos”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 16, tomo 2, 2009, pág. 1892 y ss.

88 La disposición adicional 1a. establece que son de aplicación a todos los empleados públicos independientemente del nivel administrativo en que desempeñen sus funciones.

89 La exposición de motivos explicita que la Ley contiene:
“(…) una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias”.

90 Art. 52 EBEP: Objetividad, integridad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Estos conceptos informan de la interpretación y aplicación del régimen disciplinario del personal al servicio de las administraciones públicas. El art. 95 EBEP establece las infracciones disciplinarias.

91 Art. 53 EBEP: Respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico, satisfacción del interés general e imparcialidad, lealtad y buena fe, respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas (evitar prácticas discriminatorias), abstenerse de actividades que supongan un conflicto de intereses, no aceptar tratos de favor, actuar con eficacia, economía y eficiencia, no buscar su propio privilegio con sus actuaciones, diligencia, dedicación al servicio público, guardar el secreto de las materias clasificadas.

92 Art. 54 EBEP: Tratar con atención y respeto a los ciudadanos, sus superiores y el resto de empleados públicos, diligencia y cumplimiento de la jornada y horario, obediencia a las instrucciones y órdenes de los superiores, informar al ciudadano de aquellas materias que tenga derecho a conocer y facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, austeridad, rechazar regalos y condiciones ventajosas, garantizar la constancia y entrega de documentos, actualizar su formación, observar las normas de seguridad y salud laboral, poner en conocimiento de sus superiores las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de su

El catálogo establece que la infracción de sus disposiciones puede llegar a conducir a una sanción, lo cual, sumado a que se haya contenido en una norma legal, afirma su alejamiento del ámbito del *soft law* y el carácter normativo de sus disposiciones.

VII.3. Otros ejemplos

Sin ánimo alguno de exhaustividad se presentan a continuación algunos ejemplos de códigos de buenas prácticas o buena conducta aprobados por el Parlamento Europeo y diversas administraciones e instituciones públicas.

- a) Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001, que aprueba el Código de Buena Conducta Administrativa “(...) dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea, cuyos contenidos deberán ser respetados por esas administraciones y sus funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos”.
- b) Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega⁹³ que persigue “(...) una Administración eficiente en la utilización de los recursos públicos y comprometida con la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía debe contar con profesionales respetuosos con los principios éticos y de conducta, que conforman un código de buenas prácticas administrativas que se positiviza en la presente ley. Estos principios están implícitos en los deberes del personal al servicio de las administraciones públicas y su vulneración genera unas efectivas consecuencias jurídicas”.
- c) La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears⁹⁴ con el fin de “(...) actuar de conformidad con los principios y valores de la buena administración y del buen gobierno, en el contexto de mejora continua de la calidad de las organizaciones y de los servicios públicos que se prestan a la ciudadanía y de la calidad democrática por lo que se refiere a los efectos de las intervenciones públicas y a la acción de gobierno”.

unidad, garantizar la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite (si es oficial en el territorio). En algún caso, los principios de conducta son correlativos a los derechos del ciudadano que establece el art. 35 LRJAP-PAC.

93 *DOG* núm. 136 de 14 de Julio de 2006.

94 *BOIB*, núm. 53, de 9 de abril de 2011.

- d) Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, relativo a las cartas de servicios y premios a la calidad en la AGE⁹⁵ que regula “(...) los documentos escritos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos de la Administración General del Estado (...) informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación a los servicios”.
- e) Orden Foral 46/2010, de 25 de enero, del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se aprueba el código orientativo de buenas prácticas administrativas de la administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos⁹⁶, en sus relaciones con los ciudadanos⁹⁷ que “(...) pretende aproximar más la Administración a la ciudadanía y mejorar la calidad en su actividad, y, que, por otra parte, también pretende informar al personal de la Administración, de manera detallada, de las pautas a seguir en el trato con la ciudadanía, así como informar a ésta de la conducta que debe esperar en su trato normal con la Administración de la Comunidad Foral de Navarra”.
- f) Código de Conducta del Consejo Comarcal de Sobrarbe (Aragón), aprobado por Acuerdo del Consejo Comarcal de 31 de mayo de 2010 en el que se apuesta “(...) por una actuación moderna, homologada con las mejores administraciones locales europeas, basada en principios éticos y en buenas prácticas administrativas para garantizar un mejor servicio a los ciudadanos y contribuir a fortalecer su confianza en la entidad pública.”⁹⁸
- g) Código de Conducta de la Comarca del Bajo Aragón-Caspe/Baix Aragó-Casp aprobado mediante Acuerdo del Consejo Comarcal de 29 de marzo de 2012 “(...) por el que se garantiza el derecho de la ciudadanía a una buena administración”.

95 *BOE*, núm.190, de 10 de agosto de 1999. Modificado mediante Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado (*BOE*, núm. 211, de 13 de septiembre de 2005)

96 Que derogó la Orden Foral 46/2004, de 15 de julio de 2004, por la que se aprueba el Código Orientativo de Buenas Prácticas Administrativas. *Vid.* así mismo Ley foral 11/2012, de 21 de junio, de la transparencia y del gobierno abierto (*BON* de 28 de junio de 2012).

97 *BON*, núm. 20 de 12 de febrero de 2010.

98 Programa “Código de Conducta aplicado a las Administraciones Locales”, que se enmarca dentro de las actuaciones desarrolladas por el Plan Localidad (2008-2011), coordinado por la Dirección General de Administración Local de Aragón.

- h) Codi de bones pràctiques administratives del Síndic de Greuges de Catalunya, de 2 de setembre de 2009 “(...) dirigido a les administraciones para combatir las prácticas contrarias a la buena administración”.
- i) Codi de bon govern local, de la Associació Catalana de Municipis (ACM) de febrero de 2011 “(...) tiene como objeto la adopción de principios éticos y códigos de conducta que permitan mejorar la gestión pública local incrementando el nivel de integridad mediante la transparencia en la gestión, la publicidad en la actuación y elevar el comportamiento ético de los trabajadores públicos y de los representantes públicos fortaleciendo su vínculo de lealtad con el Gobierno y la Administración Local y la relación de confianza en la ciudadanía”.

Para finalizar, se propone un breve análisis de estos aspectos en el ámbito de la policía y de la seguridad, donde hallan una transcendencia especial.

VIII. Buena *praxis*, ética y deontológica policial⁹⁹

El Tribunal Constitucional (TC)¹⁰⁰ ha establecido que la seguridad pública es el conjunto de actividades dirigidas a la protección de personas y bienes (seguridad ciudadana *strictu sensu*, por lo tanto), y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad o del orden ciudadano¹⁰¹. En este ámbito de la protección existe un factor diferencial que da especificidad en la función policial: la preservación de las personas y los bienes que se lleva a cabo ante las agresiones violentas o las situaciones de peligro que se puedan producir. Esta nota de violencia o peligro justifica que el papel destacado en el mantenimiento de la seguridad pública corresponda a los cuerpos y fuerzas de seguridad, en particular, de policía, que son los órganos administrativos preparados específica y técnicamente para actuar utilizando la fuerza.

99 Este apartado se corresponde en parte con FUENTES I GASÓ, J. R., “Ètica i policia local. La regulació de la seguretat pública i de la deontològica policial” en MOLES PLAZA, R.J., COCCIOLO, E., *Anàlisi dels elements del bon govern local*, Barcelona, 211, pàgs. 97-126. Así mismo, *vid. in totum*, BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y Militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1985.

100 *Vid.*, en este sentido, la STC 123/1984, de 18 de noviembre.

101 PALAU afirma que esta es una definición muy general, puesto que otras muchas actividades de los poderes públicos implican también protección de personas y bienes: la seguridad social, la administración de justicia, la protección del medio ambiente o la protección de menores, PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Barcelona, 1996, pág. 12.

La seguridad, como expresión legítima del uso de la fuerza por parte de las administraciones públicas y, en particular, por la policía, en el marco del Estado democrático de derecho, tiene una dimensión ética esencial¹⁰², de lo que se derivan dos consecuencias: en primer lugar, que la función policial no está al margen de la sociedad a la cual le corresponde servir en los ámbitos de la seguridad y la justicia y, en segundo lugar, que la organización policial forma parte de la comunidad.

A menudo estas afirmaciones están relacionadas con cuestiones que afectan la legitimidad de la policía, en el sentido que centran la atención en la confianza que la ciudadanía tiene hacia la policía, que se fundamenta en el respecto a los derechos fundamentales y, en particular, a la dignidad humana que deben tener en todo momento las fuerzas y cuerpos de seguridad¹⁰³. Por esta razón, la ética y la deontología policial son el fundamento que tiene que orientar todas las acciones de la policía, sus planes, programas y proyectos. Son, en definitiva, la fuente que inspira y otorga sentido a la profesión, liberándola y protegiéndola de aquellas influencias y tendencias que buscan desconocer la importancia central de la dignidad humana. Las claves de interpretación de la ética policial son el servicio a la sociedad y la promoción del desarrollo humano y de su integridad. A partir de esta visión hermenéutica, es posible comprender el sentido más profundo y permanente de la tarea profesional que lleva a cabo la policía.

102 El fundamento de esta visión puede encontrarse en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS) (BOE, 14 de marzo de 1986), donde se afirma:

"(...) la ley pretende ser el principio de una nueva etapa en que destaque la consideración de la policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad, mediante la defensa de la ordenación democrática", pretensión que está vinculada a la afirmación posterior que el juramento o la promesa de acatar y cumplir la Constitución "no constituye un mero trámite o formalismo, sino un requisito esencial, constitutivo de la condición policial y, al mismo tiempo, símbolo o emblema de su alta misión".

Vid. en este sentido, LAMAS ESTEVES, M. A., *Deontología policial (ética profesional de los Cuerpos de Seguridad desde principios morales de los Derechos Humanos)*, Dykinson, 2002; BERISTÁIN, A., "Ética policial", en *Policía y sociedad democrática*, Madrid, 1983, págs. 234-261; BAENA LÓPEZ, J.C., "Principios de deontología policial", en *Ciencia Policial*, núm. 13, 1991, págs. 56-69.

103 Vid., en este sentido, BARBERO SANTOS, M., "El respeto de los Derechos Humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", en *Estudios penales y criminológicos IX (1984-85)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1986, pág. 127.

Hoy la eficacia policial no se puede medir sólo por éxito de las investigaciones o la detención de imputados, por ejemplo; es decir, mirando el resultado de la actividad policial con un enfoque tradicional. Esto no basta de ninguna manera. La deontología policial y la ética pública contribuyen a cambiar nuestro marco de referencia y enfatizan otros componentes en la construcción de la seguridad, como la calidad de los servicios, la legitimidad social, la satisfacción ciudadana y el desarrollo humano.

Promover y asegurar la actuación ética de la policía significa implementar mecanismos internos y externos de control, rendición de cuentas, ejercicio de responsabilidades, así como el establecimiento de medidas que garanticen la transparencia. La policía se enfrenta a los retos de la modernidad, derivados de la necesidad de asumir nuevos términos de referencia para la gestión policial y un *ethos* laboral diferente. No es suficiente disponer de policías eficaces, sino que también tienen que ser más transparentes, creíbles e íntegros a los ojos de la sociedad y de las mismas autoridades de gobierno. La buena actividad policial hoy en día tiene que contestar a las preguntas siguientes: ¿mediante qué mecanismos la policía construye más elevados niveles de confianza y legitimidad social, reduciendo la inseguridad ciudadana? ¿Cómo una organización policial es capaz de demostrar a través de su gestión que democracia y seguridad se asocian de forma apropiada?

Para cumplir con estas finalidades hay que construir un modelo de gestión de la información y de la transparencia para acabar con la cultura policial autorreferente y centrada en el secretismo. Asimismo, hay que alinear la voluntad interna de los cuerpos policiales con la voluntad política y la participación ciudadana, con objeto de construir un proceso coherente y democrático en la definición de las políticas públicas de seguridad. Finalmente, hay que establecer una correspondencia real entre la ética y la cultura policial, promoviendo e incluso, exigiendo el desarrollo de una gestión eficaz, transparente, respetuosa con los derechos de las personas y sometida al escrutinio público. En clave práctica estas exigencias se traducen en la adopción de una regulación deontológica de la función policial, esto es, de un código ético de la policía y en la institución de mecanismos de control independiente y externo de la actividad policial.

VIII.1. La ética policial: de la regulación internacional a la nacional

La ética de la policía ha sido una preocupación central de la doctrina¹⁰⁴, y objeto de regulación tanto nacional, como internacional. Los antecedentes internacionales son bastante destacados¹⁰⁵. Así, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa -considerando que el sistema europeo de protección de derechos del hombre quedaría reforzado si la policía dispusiera de reglas deontológicas que tuvieran en cuenta los derechos del hombre y las libertades fundamentales, y “estimando deseable que los funcionarios de policía cuenten con el apoyo tanto moral como físico de la comunidad a la cual sirven”— adoptó el 8 de mayo de 1979 una declaración sobre la policía, mediante la Resolución núm. 690. El mismo año, a través de la Resolución 34/169, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el primer Código de conducta¹⁰⁶ para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o *law enforcement*.¹⁰⁷

104 *Vid. in totum*, SERVERA MUNTANER, J.L., *Ética policial*, Barcelona, 1999.

105 *Vid. CURBET HEREU, J. L'ètica de la policia: declaracions internacionals*, Barcelona, 1983, pág. 56.

106 *Vid. BERISTÁIN, A.*, “Código deontológico policial según las Naciones Unidas”, en *Estudios penales y criminológicos VII (1982-83)*, Santiago de Compostela, 1984, pág. 73-126.

107 *Ut post* transcribimos *in totum* el Código de Conducta anexo a la Resolución 34/169 citada:

“Art. 1 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.

Art. 2 En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Art. 3 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Art. 4 Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.

Art. 5 Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá, infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad

Aun así, el documento internacional más importante en la materia, ha sido aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en fecha 19 de septiembre de 2001, cuando se adoptó la Instrucción para la incorporación y aplicación del Código Europeo de Ética de la Policía (CEEP), adoptado mediante Recomendación REC (2001) 10 a los Estados miembros sobre (CEEP)¹⁰⁸. Se trata de un texto elaborado en un marco ampliamente extenso, integrado por cuarenta y cinco países miembros, y con un carácter pionero en el camino a seguir en el proceso de regulación transnacional europea de la ética. Y, en esta línea, se ha destacado que la Recomendación va más allá de un código deontológico tradicional¹⁰⁹. El objetivo global consistía en crear un instrumento que sirviera como marco general para la policía y para el ejercicio de sus funciones, en particular, su posicionamiento en el sistema de justicia penal, sus objetivos y su funcionamiento en un sistema democrático. El resultado es un texto que proporciona los principios necesarios para configurar una policía ética. Algunos de estos principios pertenecen al ámbito legislativo, algunos tendrían cabida en un código deontológico nacional y otros pretenden servir como guía en la formación de la policía. En conjunto, el CEEP y la exposición de motivos que lo acompaña constituyen un documento completo que resume los objetivos y el papel de la policía en los Estados democráticos modernos propios del Estado de Derecho.

Hay que hacer mención de la naturaleza jurídica del CEEP que fue adoptado mediante una recomendación, es decir acto jurídico no vinculante o de

política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Art. 6 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.

Art. 7 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Art. 8 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que sea ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.”

108 *Vid. in totum* RECASENS BRUNET, A., *Comentarios al Código Europeo de Ética de la Policía*, Atelier, Barcelona, 2003.

109 *Vid.* JANSON, B., “El Código Europeo de Ética de la Policía. Razones y directrices para el cambio”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 12/2003, pág. 10.

soft law del Consejo de Europa. Ahora bien, es muy interesante destacar la dinámica reguladora que ha puesto en marcha en el ordenamiento jurídico autonómico catalán esta recomendación. En el año 2004 la Consejera de Interior del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, adoptó la Resolución INT/1828/2004, de 14 de junio, por la cual se aprueba la Instrucción para la incorporación y aplicación del CEEP en relación con la actuación y la intervención de la policía de la Generalitat – *Mossos d'Esquadra*. Así, un acto de *soft law* de una organización internacional se incorpora al ordenamiento jurídico catalán mediante una instrucción de servicio, es decir una norma interna de cumplimiento obligado para los miembros del cuerpo de policía de la Generalitat.

Después de la entrada en vigor del Estatuto de Catalunya de 2006 (EC), en el marco de su art. 164 que atribuye a la Generalitat competencias en materia de planificación y regulación de la seguridad pública en Catalunya, el gobierno aprobó el Decreto 230/2007, de 16 de octubre, por el cual se crea el Comité de Ética de la Policía de Catalunya, como órgano consultivo funcionalmente independiente del Departamento de Interior, con la misión de elaborar y supervisar un proyecto de Código de Ética de la Policía de Catalunya (CEPC) sobre la base del CEEP.

Es muy interesante observar, para lo que aquí nos ocupa, cómo ha continuado la dinámica creada con la adopción del CEEP como una instrucción de servicio. De tal suerte que una regulación ética transnacional de naturaleza de *soft law* ha entrado a formar parte del ordenamiento jurídico catalán adquiriendo de obligado cumplimiento y, con posterioridad como se ha tomado de base para su promulgación normativa.

Más allá del marco normativo internacional, el Código Deontológico Policial se encontraba ya recogido, si bien de forma bastante concisa y principal, en el artículo 5 de la LOFCS, que en el ámbito que nos interesa, ha sido reproducido integralmente por el art. 10 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las policías locales de Catalunya (LPL).¹¹⁰

110 DOGC, núm. 1469, de 19 de julio de 1991. El art. 10.1 LPL establece los principios básicos de la actuación de los policías locales que son los siguientes:

- “Primer. Pel que fa a l’adequació a l’ordenament jurídic, els policies locals han de:
- a) Exercir llurs funcions amb respecte absolut a la Constitució, a l’Estatut d’Autonomia i a la resta de l’ordenament jurídic.
 - b) Actuar, en el compliment de llurs funcions, amb absoluta neutralitat política i imparcialitat i, en conseqüència, sense fer cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.
 - c) Actuar amb integritat i dignitat i, en particular, abstenir-se de participar en qualsevol acte de corrupció i oposar-s’hi amb fermesa.

En cualquier caso, la aprobación del CEPC no prejuzgaría en ningún caso la posibilidad de que los municipios dotados de cuerpo de policía local podieran aprobar sus respectivos códigos deontológicos en materia policial en el marco de sus competencias y del sistema de seguridad pública de Catalunya.¹¹¹

d) Atènr-se, en llur actuació professional, als principis de jerarquia i de subordiació; en cap cas, però, l'obediència deguda no pot emparar ordres que comportin l'execució d'actes que constitueixin manifestament delictes o que siguin contraris a la Constitució, a l'Estatut o a les lleis.

e) Col·laborar amb l'Administració de Justícia i auxiliar-la en els termes establerts per la llei.

Segon. Pel que fa a les relacions amb la comunitat, els policies locals han de:

a) Impedir, en l'exercici de llur actuació professional, qualsevol pràctica abusiva, arbitrària o discriminatòria que comporti violència física o moral.

b) Tenir en tot moment un tracte correcte i acurat amb els ciutadans, als quals han de procurar auxiliar i protegir sempre que les circumstàncies ho aconsellin o hi siguin requerits, i proporcionar-los informació completa i tan àmplia com sigui possible sobre les causes i la finalitat de totes les intervencions.

c) Actuar, en l'exercici de llurs funcions, amb la decisió necessària i sense retard, quan d'això depengui evitar un mal greu, immediat i irreparable, i regir-se, en fer-ho, pels principis de congruència, d'oportunitat i de proporcionalitat en la utilització dels mitjans a llur abast.

d) Utilitzar les armes només en les situacions en què hi hagi un risc racionalment greu per a la vida o la integritat física d'ells mateixos o de terceres persones i en les circumstàncies que puguin comportar un risc greu per a la seguretat ciutadana, i han de regir-se, en fer-ho, pels principis a què es refereix la lletra c).

Tercer. Pel que fa al tractament de detinguts, els policies locals han de:

a) Identificar-se degudament com a agents en el moment d'efectuar una detenció.

b) Vetllar per la vida i la integritat física de les persones que estiguin detingudes o sota llur custòdia i respectar-ne els drets, l'honor i la dignitat.

c) Complir i observar amb la diligència deguda els tràmits, els terminis i els requisits exigits per l'ordenament jurídic en la detenció d'una persona.

Quart. Pel que fa a la dedicació professional, els policies locals han de portar a terme llurs funcions amb dedicació total, i han d'intervenir sempre, en tot moment i en tot lloc, estiguin o no estiguin de servei, en defensa de la llei i de la seguretat ciutadana.

Cinquè. Pel que fa al secret professional, els policies locals han de guardar secret rigorós respecte a totes les informacions que coneguin per raó o en ocasió del compliment de llurs funcions; no están obligats a revelar les fonts d'informació, llevat que els ho imposin el compliment de llurs funcions o les disposicions legals.

111 El pionero de los códigos éticos locales fueron las Normas Deontológicas de la Policía Local de Girona, aprobadas por Reglamento de 21 de julio de 1991.

VIII.2. El Código de Ética de la Policía de Catalunya

La ambiciosa tarea de cumplir el mandato del CEEP, después de la propuesta elaborada por el Comité de Ética, se materializó en el Código de Ética de la Policía de Catalunya (CEPC), aprobado mediante una Resolución del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat de Catalunya, simplemente con naturaleza jurídica de acto administrativo, a diferencia de la naturaleza de norma reglamentaria que poseen los decretos y las órdenes.¹¹²

Las finalidades que perseguía la adopción del CEPC¹¹³ son las siguientes:¹¹⁴

- Promover un modelo de seguridad pública basado en la protección de los derechos, en la seguridad jurídica para su libre ejercicio y en la seguridad material que el Estado social y democrático de derecho está obligado a garantizar.
- Enunciar y desarrollar los principios de actuación de las policías de Catalunya, como servicio público fundamentado en el respecto a la dignidad y los derechos que se derivan.
- Enunciar y desarrollar los derechos y deberes y las normas éticas de conducta que se derivan.
- Contribuir a la seguridad jurídica como derecho de las personas miembros de las policías en cuanto a las normas que regulan la actuación.
- Hacer accesibles a la ciudadanía las normas básicas de actuación de las policías.

112 Aprobado mediante la Resolución IRP/3648/2010, de 12 de noviembre, por la cual se aprueba el Código de ética de la policía de Catalunya (*DOGC*, núm. 5757, de 17.11.2010). Inicialmente se quería aprobar mediante una norma con carácter reglamentario, en concreto una orden dictada por el Consejero de Interior; pero los servicios jurídicos de la Generalitat lo desaconsejaron, lo apuntaba ya una profunda discusión sobre su legalidad que conduciría a dejarlo sin efectos mediante Resolución INT/179/2011, de 26 de enero, por la cual se deja sin efecto el Código de ética de la policía de Catalunya (*DOGC*, núm. 5808, de 1.2.2011).

113 El CEEP cuenta con un amplio preámbulo y 88 artículos y está estructurado en seis títulos: un título preliminar, donde se establece el ámbito de aplicación, la naturaleza del código y la descripción del sistema institucional de policía; un título primero, en que se recogen principios generales, derechos y deberes; un título segundo de principios organizativos; un título tercero sobre principios rectores en relación con la actuación de la policía; un título cuarto sobre formación del personal y, finalmente, un título quinto en que se establecen reglas de responsabilidad y control.

114 *Vid.* el preámbulo del CEPC.

- Promover las buenas prácticas y la inserción del juicio de valor ético en la actuación policial.
- Incorporar la dimensión ética en la organización policial, en sus estructuras y recursos materiales y humanos.

En relación a la naturaleza jurídica, que a buen seguro sería otra vez una instrucción de servicio a los miembros de las policías de Catalunya, hay que observar que tal y como disponía expresamente el mismo texto, el CEPC no tenía en ningún caso capacidad sancionadora alguna. Así pues, parecería que las intenciones que inspiraban inicialmente el CEPC, de la mano del CEEP, no se tradujeron del todo en la realidad normativa. Y ello se debería al hecho que el conjunto de principios y reglas de conducta que contenía se situaban en un plano meramente orientativo, sin consecuencias jurídicas contundentes, en otras palabras, una vez más una norma de *soft law*, mientras que elevar el CEPC al rango normativo hubiera supuesto un importante punto de inflexión¹¹⁵. En este sentido, la Comisión Jurídica Asesora, alto órgano asesor del gobierno catalán, se refirió a la naturaleza del Código como a un “conjunto de valores, principios y prácticas, con finalidades informativas, pedagógicas y sobre todo organizativas, siendo su finalidad esencial la de servir de guía o parámetro para que el Comité de Ética haga su informe anual recomendando las medidas organizativas y formativas que lleven al cumplimiento de los principios y valores recogidos en el Código”.¹¹⁶

Como hemos predicado tantas veces de los instrumentos de *soft law*, el hecho que carezcan de aparato sancionador¹¹⁷ no quita que sus disposiciones

115 Nos llama la atención la interpretación de los arts. 59 i 63 CEEP que se realiza en el preámbulo del CEPC y, sobretudo, la argumentación que se defiende:

“És obvi que la vulneració dels principis del Codi d'ètica ha de conduir a determinades conseqüències jurídiques, en cap cas sancionadores ja que la facultat d'imposar sancions correspon a òrgans diferents del Comitè. Ometre qualsevol referència sobre això deixaria el Codi com un mer enunciat simbòlic.

Sobre aquest punt, el Codi europeu (Codi europeu d'ètica de la policia) deixa la qüestió oberta. L'article 59 estableix el principi de responsabilitat de la policia “davant de l'Estat, els ciutadans i els seus representants” i afegeix que ha d'estar subjecta a un “control extern eficaç” (com el Comitè o altres organismes similars).” I després: “Quan disposa que els estats membres es comprometin a elaborar codis ètics basats en la Recomanació europea, estableix “que siguin supervisats pels òrgans adequats”. Cal entendre que aquests “òrgans adequats” inclouen tant els òrgans sancionadors de l'Estat (judicial i disciplinari) com altres, com el Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya.”

116 Dictamen 275/2010, de 29 de julio de 2010.

117 El art. 2 CEPC dispone:

no tengan consecuencias jurídicas, más allá de su valor informativo y pedagógico. Así es en el caso que nos ocupa, pues las verdaderas consecuencias jurídicas eran de carácter organizativo, en la medida en que se hallaban dirigidas a proporcionar información para que el Comité pudiera medir indirectamente la calidad democrática del sistema policial en función del grado de cumplimiento del CEPC.¹¹⁸

En segundo lugar, nos parece que los artículos 59 y 63 del CEEP fueron mal interpretados por el regulador catalán, de una parte, porque además del control del Parlamento, del gobierno y de la judicatura, el CEEP proponía el establecimiento de mecanismos independientes de control de la policía; por otra, el CEEP recomendaba que “en los Estados miembros tienen que elaborarse códigos de deontología de la policía que se basen en los principios enunciados en esta recomendación y ser supervisados por órganos apropiados”.

En cambio, en el CEPC parecería que el control externo de la policía y el control apropiado del cumplimiento del código coincidieran en un mismo órgano, el Comité de Ética de Catalunya, creado mediante Decreto 230/2007, de 16 de octubre, como un “órgano de carácter consultivo en materia de conducta ética de los cuerpos de policía de las instituciones propias de Catalunya”¹¹⁹. Aun así, ello no sería posible, puesto que por definición el Comité no tenía atribuidas facultades sancionadoras, por lo tanto no podía llevar a cabo ningún control externo eficaz. Y es que, también en el CEPC, el Comité estaba dotado de funciones consultivas y promocionales y podía solicitar “de las autoridades y los órganos competentes en la materia todas las quejas y denuncias que reciban constitutivas de incumplimientos del Código de ética”. En cambio, sí que fue constituido como órgano de supervisión y seguimiento del mismo CEPC¹²⁰. El Comité mantiene su carácter consultivo, que pasa a ser “interdisciplinario” en su nueva regulación mediante el Decreto 222/2013, de

“El Codi d’ètica de la Policia de Catalunya no té finalitat sancionadora de comportaments individuals ni estableix cap mena de sanció. Les seves normes s’adrecen a consolidar i promoure els valors democràtics ja assumits per les policies de Catalunya i, ahora, permetre la valoració general sobre el seu grau de compliment, especialment, mitjançant l’informe anual del Comitè d’Ètica”.

118 El preámbulo del CEPC finaliza en siguientes términos:

“El grau de compliment del Codi serà una forma de mesurar la qualitat de la nostra democràcia perquè, com planteja el Consell d’Europa, es pot valorar “simplement observant el comportament de la seva policia”. I les autoritats, els/les agents de policia i la societat s’hauran dotat d’un nou instrument per percebre i valorar si la policia “exerceix les seves funcions de manera èticament acceptable i amb unes finalitats vàlides i democràtiques”.

119 *DOG*C, núm. 4990, de 18.10.2007. *Vid.* art. 1.1.

120 Art. 87 CEPC.

3 de setiembre, del Reglamento de organización y funcionamiento del Comité de Ética de la Policía de Catalunya.¹²¹

Pero tras un corta existencia de escasamente un año, el 26 de enero de 2011¹²² el Gobierno de la Generalitat de Catalunya dejó sin efecto el CEPC y en la misma Resolución ratificó la vigencia de la Instrucción para la incorporación y aplicación del Código Europeo de Ética de la Policía (CEEP) de 2001, con lo que finalizaría una experiencia ciertamente novedosa en este ámbito y

121 *DOGC*, núm. 6454, de 5.9.2013. El art. 2.1 dispone que las funciones del Comité de Ética de la Policía de Catalunya son las siguientes:

“a) Assessorar els òrgans i les autoritats competents en matèria d’ètica policial sobre l’adopció de mesures per a la millora del comportament i, consegüentment, de la percepció de la imatge pública de les policies de Catalunya i la qualitat de la prestació del servei policial i les relacions amb la ciutadania.

b) Informar i, si s’escau, donar resposta a les qüestions que li adrecin la persona titular del departament amb competències en matèria de seguretat pública i els alcaldes com a responsables de la seguretat en els municipis respectius, així com dictaminar, a petició d’aquests, sobre l’adequació de determinades conductes als principis ètics policials.

c) Contribuir a l’impuls de les propostes oportunes per a l’elaboració i l’actualització de la normativa deontològica policial i, si s’escau, la seva codificació, mitjançant l’elaboració i l’actualització d’un codi d’ètica de la policia de Catalunya.

d) Valorar i difondre el coneixement científic i la doctrina més rellevant emanada de la pràctica judicial aplicable al camp de l’ètica policial.

e) Afavorir la conscienciació en matèria d’ètica professional i dels drets humans en l’àmbit de la seguretat i formular, si s’escau, recomanacions en aquesta matèria i les que siguin necessàries d’acord amb el codi d’ètica vigent en cada moment.

f) Col·laborar amb els organismes en matèria de formació i recerca policials en matèria de seguretat i, especialment, per a la determinació dels continguts ètics i deontològics dels cursos de formació de les policies de Catalunya i de les accions formatives dels diferents col·lectius amb funcions en matèria de seguretat, tenint en compte la perspectiva de gènere i les necessitats específiques derivades de la violència sobre les dones i els col·lectius més vulnerables.

g) Vetllar per l’adequació de la normativa policial a l’estructura de la mateixa organització i a l’àmbit d’actuació dels professionals policials al servei de les administracions públiques catalanes d’acord amb els principis d’ètica policial.

h) Les altres funcions que li encomanin les autoritats de seguretat i els òrgans de coordinació i participació del sistema de seguretat de Catalunya, així com preparar els estudis i informes que consideri necessaris per al desenvolupament de les seves funcions. A aquests efectes, el Comitè d’Ètica de la Policia de Catalunya col·laborarà amb aquests òrgans i autoritats i els donarà suport.”

122 *Vid. ex ante*, la nota 112.

la vigencia de una norma que, aún manteniendo su naturaleza de *soft law*, tenía pretensiones de vinculación jurídica.

En palabras de la Resolución citada, “(...) no parece que el Código de ética de la policía de Catalunya haya conseguido las finalidades expresadas por el mismo ni que se haya llegado a un punto de encuentro, de consenso y de confluencia de voluntades de los agentes y sectores afectados e implicados en la prestación del servicio policial”. Todo ello, “(...) sin renunciar tampoco a elaborar en un futuro un código que contenga los principios esenciales sobre la actuación policial que goce de un amplio consenso y constituya un instrumento útil para las policías de Catalunya.”¹²³

IX. A modo de conclusión

La inclusión relativamente reciente de normas de buena conducta en los ordenamientos jurídicos europeos contribuye a facilitar la proliferación del *soft law* -“derecho flexible” o “derecho dúctil”- frente al tradicional *hard law* -“derecho duro”- apegado a los principios del formalismo jurídico. Así, el Derecho aparece más vinculado a los intereses sociales y a las necesidades humanas en cuanto a que tales normas son más próximas a los ciudadanos.

Por otra parte, esta progresiva flexibilización del Derecho tiene como consecuencia la aproximación de los sistemas jurídicos continentales europeos del *civil law* a los de origen anglosajón basados en normas de *common law*, en concreto al sistema de justicia de los EE.UU de Norteamérica, en el que las normas estatutarias o *statute laws* tienen una especial relevancia, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

No cabe duda de que la entrada de códigos de buena conducta y de buenas prácticas como normas flexibles produce una alteración importante en los sistemas de fuentes tradicionales. Su ubicación no queda del todo clara, pues ni siquiera es diáfana su consideración como fuentes del Derecho y mucho menos su eficacia jurídica. Sobre ello hay mucha discusión entre la doctrina. No obstante, el hecho de su presencia es indudable y resulta cada vez más notoria en ámbitos como el Derecho Administrativo. Por ello, lo que sí parece evidente es que algo está cambiando en el Derecho contemporáneo.

123 Preámbulo de la Resolución Int/179/2011, de 26 de enero, por la cual se deja sin efecto el Código de Ética de la policía de Catalunya.

Pluralität und Wechselwirkung von Regelsystemen

Prof. Dr. *Hermann Hill*

1. Staatliche Rechtsetzung und andere Regelsysteme

Ein wesentliches Merkmal des staatlichen Gewaltmonopols ist die Befugnis, Recht zu setzen und es durch staatliche Zwangsmaßnahmen durchzusetzen. Im Zentrum der staatlichen Rechtsetzung steht dabei das demokratisch legitimierte Gesetz, dessen Zustandekommen, Inhalt, Wirkung und Kontrolle vielfältige Untersuchungen gewidmet sind¹. Es wird konkretisiert durch untergesetzliche Rechtsnormen und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung².

Die Bedeutung der staatlichen Rechtsetzung für das Verhalten der Menschen wird durch zwei Entwicklungen überlagert – einerseits durch die Integration des Nationalstaates in europäische und völkerrechtliche Zusammenhänge, andererseits durch gesellschaftliche und wirtschaftliche Regelsysteme, die ergänzend oder ersetzend neben staatliches Recht treten. Über die klassische Gesetzgebungslehre³ hinausgehend wird deswegen eine sog. Regelungswissenschaft gefordert⁴. Der folgende Beitrag ist der Pluralität und Wechselwirkung der verschiedenen Regelsysteme gewidmet, aus der Impulse für eine „gute Rechtsetzung“ erwachsen können⁵.

-
- 1 *Wolfgang Ismayr* (Hrsg.), *Gesetzgebung in Westeuropa*, 2008; *Winfried Kluth/Günter Krings* (Hrsg.), *Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, 2014.
 - 2 *Hermann Hill/Mario Martini*, *Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung*, in: *Wolfgang Hoffmann-Riem, u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II*, 2. Aufl. 2012, § 34.
 - 3 *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982; *Waldemar Schreckenberger* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986; *Ulrich Karpen*, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 1989; *Hans Schneider*, *Gesetzgebung*, 2. Aufl. 1991.
 - 4 *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, 2011.
 - 5 Vgl. noch *Schuppert*, *Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre*, *Zeitschrift für Gesetzgebung, Sonderheft 2003*; *Georg Müller/Felix Uhlmann*, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich, u. a. 2013.

Die deutsche Verwaltung ist nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Deswegen bleibt das Parlamentsgesetz für sie nicht nur Steuerungsmittel als auch Kontrollmaßstab⁶, vielmehr wird ihr im Unterschied zur angelsächsischen Verwaltungskultur sogar eine legalistische Verwaltungskultur⁷ bescheinigt. Das heißt sie ist ganz wesentlich durch das Gesetz als Orientierung und Maßstab geprägt, wenn auch sowohl im Innern als auch nach außen zunehmend andere Steuerungsformen Platz greifen. Für die Menschen und sonstige Organisationen wirken dagegen auch sonstige Regelsysteme in vielen *Zusammenhängen* ähnlich oder gar noch stärker verhaltensleitend als das staatliche Gesetz⁸.

Rechtsnormen und andere Normen, etwa soziale Verhaltensstandards oder technische Regelsysteme, standen schon immer nebeneinander und ergänzten sich in ihrer Wirkung. Das Recht knüpft an außerrechtliche Wert- und Ordnungsvorstellungen an, inkorporiert sie in Generalklauseln oder verweist auf technische Normen und Sicherheitsstandards. Anerkannt ist auch, dass formelle Regeln eines gewissen Grades an umgebender Informalität bedürfen, um zu „funktionieren“⁹.

Gleichwohl entsteht der Eindruck, dass außerrechtliche, rechtsnahe oder rechtsäquivalente Ordnungsmuster an Bedeutung gewinnen. Dies mag mit Legitimationserschöpfungen des Normgebers, etwa geringen Wahlbeteiligungen oder knappen Mehrheiten, mit Disfunktionalitäten der Normen, etwa unangemessenen bürokratischen Belastungen, mit nachlassender Steuerungskraft oder Leistungsfähigkeit der Gesetze, etwa veralteten, innovationsfeindlichen, nicht anpassungsfähigen Lösungsmustern oder mit selektiver Komplexitätsbewältigung zusammenhängen oder ist schlicht auf die Dynamik der Veränderung der Lebenssachverhalte zurückzuführen. Jedenfalls sieht sich „Recht als Geschäftsmodell“¹⁰ durch andere Regelsysteme einer Herausforderung gegenüber gestellt.

6 *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem, u. a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, § 9.

7 *Hill*, Legalistische Verwaltungskultur, in: Klaus König/Jan Ziekow (Hrsg.), Theoretische Aspekte der Verwaltungskultur, Baden-Baden 2014.

8 Vgl. etwa die Wirkung von PISA (Programme for International Student Assessment) auf das Schulsystem, dazu *Kerstin Martens/Klaus Dieter Wolf*, PISA als Trojanisches Pferd: Die Internationalisierung der Bildungspolitik in der OECD, in: Sebastian Botzem, u. a. (Hrsg.), Governance als Prozess. Koordinationsformen im Wandel, 2009, S. 357 ff.

9 Vgl. schon *Hill*, Rechtsstaatliche Bestimmtheit und situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1987, 885.

10 *Hill*, Recht als Geschäftsmodell, DÖV 2007, 809.

2. Pluralität von Regelsystemen

Im Völkerrecht sowie im Bereich der internationalen Zusammenarbeit auf politischer, wirtschaftlicher oder technischer Ebene gibt es eine Vielzahl von Standards¹¹ und Übereinkommen, die den Umgang miteinander und mit Dritten regeln. Dies reicht vom sog. Soft Law über Vorgaben von Handelsorganisationen, technische und Qualitätsnormen über die Arbeit von Rating-Agenturen bis hin zu Regeln internationaler Sportverbände, Internet-Protokollen oder Verhaltensregeln und Sozial- oder Bildungsstandards¹².

Auch die Zusammenarbeit in der Europäischen Union kennt viele solcher weichen Vorgaben¹³, wie etwa die Offene Methode der Koordinierung oder die Kodizes für gutes Verwaltungshandeln, ebenso wie Codes of Conduct im öffentlichen Dienst verschiedener Mitgliedstaaten oder Citizen Charters und Servicegarantien gegenüber den Bürgern.

Im wirtschaftlichen Bereich verdienen etwa Leitlinien, wie der Corporate Governance Kodex oder Selbstregulierungskonzepte, wie Audits und Selbstverpflichtungen Erwähnung. Neuerdings wird insbesondere über alternative Regulierungsmechanismen im Internet nachgedacht¹⁴, weil staatliche Regelungen globalisierten und dynamischen Entwicklungen nicht gerecht werden und eine europäische Neu-Regelung bisher nicht zustande kam.

Wenn weder staatliche Normen noch Verhaltensappelle wirken, werden verhaltenswissenschaftliche Entscheidungsanreize („Soft Paternalism“)¹⁵ oder

-
- 11 *Dieter Kerwer*, Von der nationalstaatlichen Regulierung zur transnationalen Standardisierung, in: Botzem, u. a. (Fn. 8), S. 343 ff.
- 12 *Anne Röthel*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, 755.
- 13 *Hill*, Verwaltungskommunikation und Verwaltungsverfahren unter europäischem Einfluss, DVBl 2002, 1316.
- 14 *Sebastian Botzem/Jeanette Hofmann*, Dynamiken transnationaler Governance – Grenzübergreifende Normsetzung zwischen privater Selbstregulierung und öffentlicher Hierarchie, in: Botzem, u. a. (Fn. 8), S. 225 ff.; *Hill*, Die Vermessung des virtuellen Raums – eine Zwischenbilanz, in: Hermann Hill/Utz Schliesky (Hrsg.), Die Vermessung des virtuellen Raums, 2012, S. 345 (354 ff.); *Stephan Hobe*, Cyberspace – der virtuelle Raum, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI, 2013, § 231.
- 15 *Gisela Rühl*, Ökonomische Analyse des Rechts, in: Julian Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2. Aufl. 2013, S. 217 (221).

spielebasierte Motivationsanreize¹⁶ vorgeschlagen. Inwieweit Transparenz als Ordnungsprinzip wirken kann, bedarf noch weiterer Diskussion¹⁷.

3. Rechtsnahe Ordnungsmuster

Wegen der dargestellten Pluralität der Regelungs- und Ordnungsmuster kann die folgende Darstellung notwendigerweise nur auf vereinfachende Grundgedanken ausgerichtet sein. Bezüglich Soft Law nennt Gunnar Folke Schuppert¹⁸ in Anlehnung an Linda Senden Pre-, Post- und Para-Law-Funktionen. Erstere, wie etwa Grün- und Weißbücher in der Europäischen Union, bereiteten die Normsetzung vor. Das Primär- und Sekundärrecht interpretierende und in der Regel nachfolgende Regeln seien unseren deutschen Verwaltungsvorschriften oder Ermessensrichtlinien vergleichbar. Empfehlungen des Europäischen Rats und der Europäischen Kommission nähmen schließlich häufig schon eine normvertretende „Para-Law-Funktion“ ein.

Etwas umfassender könnte man neben vorbereitenden, erkundenden, nachfolgend konkretisierenden und alternativen oder konkurrierenden Regeln noch ergänzende Protokolle (Amendments) anführen und auf Gesamt-Arrangements (sog. Regelungs-Regime) verweisen. Schließlich knüpfen politisch-demokratische, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Folgen teilweise an rechtliche Ordnungen an, wie etwa der Verlust der Wählbarkeit oder des Arbeitsplatzes bei bestimmten Strafen oder Haftungsfolgen bei Versicherungen bis hin zum Verlust gesellschaftlicher Reputation.

Rechtsnahe Ordnungsmuster verfügen gegenüber formell-rechtlichen Regelungen über verschiedene Vorteile, aber auch Nachteile. Die gesellschaftliche Selbstregulierung entlastet die staatliche Rechtsetzung. Sie bringt spezifischen Sachverstand ein, ist häufig flexibler und offen für Optimierungen, wie etwa die Wendung „Comply or explain“ im Zusammenhang mit dem Corporate Governance Kodex, zulässige Prozessabweichungen bei standardisierten Prozessen oder das Wiki-Prinzip bei der normativen Wissensspeicherung zeigen. Die Interessenberücksichtigung, Eigenlogik und Mitwirkung der Betroffenen führt häufig zu höherer Akzeptanz.

Mögliche Nachteile der rechtsnahen Ordnungsmuster liegen in der Majorisierung von Interessen oder gar Interessenabhängigkeit („Clientel Capture“),

16 Hill, Neubestimmung der Privatheit – auf dem Weg zu „Neuer Sozialität“, in: Hill/Schliesky (Hrsg.), Die Neubestimmung der Privatheit, 2014, S. 249 (263).

17 Hill (Fn. 14), S. 251 ff.

18 Schuppert (Fn. 4), S. 347 f.

der Nichtberücksichtigung von Drittbetroffenen, der im Unterschied zu allgemeinen staatlichen Gesetzen mangelnden Gesamtabwägung und eingeschränkten Bekanntmachung sowie der häufig „hinkenden“ Durchsetzung.

Unterschiede zwischen staatlichem Recht und außerrechtlichen Regelsystemen liegen in der Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit, obwohl die Wirkungsintensität bei außerrechtlichen, politischen oder kommunikativen Maßnahmen teilweise größer sein kann als bei „harten“ rechtlichen Maßnahmen, was auch durch Untersuchungen zum sog. faktischen Grundrechtseingriff zum Ausdruck kommt.

Außerrechtliche Regelsysteme sind möglicherweise stärker vernetzt und aufeinander abgestimmt als manche staatlichen Gesetze. Während bei Gesetzen die objektivierte Normaussage gilt, beziehen rechtsnahe Ordnungsmuster im Sinne einer erweiterten Auslegung häufig auch den kulturellen und sozialen Kontext mit ein. Gesetzesinhalte werden aus den Erfahrungen der Vergangenheit gewonnen. Sie sind nicht immer auf eine lösungsorientierte Problemlösung, sondern eher auf Klärung der Rechtslage ausgerichtet, was manchmal ihre dynamische Weiterentwicklung erschwert.

4. Wechselwirkungen

Da rechtsnahe Ordnungsmuster ebenfalls regelnden bzw. verhaltensbeeinflussenden Charakter aufweisen, liegt es nahe, sie auch bestimmten Legitimationsanforderungen zu unterwerfen, die teilweise an rechtsstaatliche und demokratische Anforderungen an staatliches Recht angenähert sind¹⁹. Schuppert²⁰ nennt als Organisationsprinzipien für standardsetzende Institutionen in Anlehnung an Kristina Tamm Hallström das Prinzip der Expertise, das mit Neutralität und Unabhängigkeit der Experten verknüpft ist, das Prinzip der Repräsentation, nach dem alle relevanten Gesichtspunkte in den Entscheidungsprozess eingehen sollen, das Prinzip der Orientierung an den Bedürfnissen der Nutzer sowie das Prinzip der umfassenden und nicht nur selektiven Partizipation.

19 Vertiefend und differenzierend *Oliver Lepsius*, Standardsetzung und Legitimation, in: Christoph Möllers, u. a. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 345 ff.

20 *Schuppert* (Fn. 4), S. 242 ff.

Greift man auf allgemeine rechtsstaatliche und demokratische Anforderungen zurück, wie sie etwa, wenn auch nicht ganz vergleichbar, für Regulierungen durch unabhängige Agenturen gelten²¹, wären die Organisation, Auswahl und Zusammensetzung des regelsetzenden Gremiums, das Verfahren der Regelsetzung, die Einbeziehung der Betroffenen, die Transparenz der Regelsetzung sowie die Nachvollziehbarkeit der Abwägung und die Wirkungsorientierung in den Blick zu nehmen.

Ebenso wie staatliches Recht auf Legitimationsanforderungen für rechtsnahe Ordnungsmuster ausstrahlt, soweit sie verbindliche Wirkung entfalten, ausstrahlt, haben Erfahrungen mit diesen möglicherweise auch Auswirkungen auf die Zukunft *staatlicher* Gesetzgebung. So ergeben sich Fragen zu stärkerer Einbeziehung und Zusammenarbeit mit Stakeholdern anstelle einseitig hoheitlicher Entscheidung, zu Zielen wie Lösungsorientierung und Wertschöpfung neben Anspruchseinräumung und Konfliktlösung, zu abgestuften Regelungsansätzen statt Entweder-Oder-Entscheidungen, zu Regelungsregimen statt Einzelgesetzen oder zu Beobachtung, Evaluation und Nachbesserung²² bzw. Dynamisierung statt Verabschiedung und dauerhafter Stabilität.

Geht es schließlich darum, eine Wahl unter verschiedenen Regelsystemen zu treffen („Regulatory Choice“)²³, bieten sich folgende Kriterien an: Der Zweck der Regelung und die Eignung zur effektiven Problemlösung sollten von Bedeutung sein. Ebenso sollte im Rahmen einer Gesamtbilanz eine Abwägung der Vor- und Nachteile des jeweiligen Regelsystems erfolgen. Ggf. kommen auch eine Arbeitsteilung bzw. komplementäre Regelungen in Betracht. Subsidiarität oder gegenseitige Anerkennung können das Verhältnis der Regelsysteme zueinander ebenso bestimmen wie Zusammenarbeit und Austausch oder Vergleich und Wettbewerb.

21 Zur Problematik vgl. Kai von Lewinski, „Völlige Unabhängigkeit“ von Aufsichts- und Regulierungsbehörden – Umsetzungsmöglichkeiten für ministerialfreie Eingriffsverwaltung im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl 2013, 339; Claudio Franzius, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steuerung und gerichtlicher Kontrolle, DÖV 2013, 714.

22 Wolfram Höfling/Andreas Engels, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: Kluth/Krings (Fn. 1), S. 851 ff.

23 Schuppert (Fn. 4), S. 114 ff.

5. Ausblick

Angesichts der Vielfalt der Lebensverhältnisse und der Dynamik der Entwicklungen wird „one size fits all“ im Hinblick auf rechtliche oder nichtrechtliche Regelungsarten kaum der Zukunft gerecht werden können. Vielmehr sind wir nach den Erkenntnissen der Komplexitätsbewältigung auf eine Vielzahl von Regelsystemen angewiesen. In den Verwaltungswissenschaften werden bei relativ stabilen Regelungsfeldern, Regelungsgegenständen und Entwicklungen, wie sie überwiegend im letzten Jahrhundert noch vorlagen, Regelungsmuster wie Compliance und Performance für angemessen gehalten. Bei eher unvorhersehbaren Sachverhalten und Entwicklungen, wie sie dieses Jahrhundert bisher prägen, kämen dagegen eher Emergenz und Resilienz als Ansätze in Betracht²⁴.

In den Rechts- und Staatswissenschaften findet sich teilweise Kritik an einer gewissen staatskonzentrierten Betrachtungsweise. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt eine vorsichtige Öffnung der legitimatorischen Grundlage durch das Staatsvolk gemäß Art. 20 GG und eine stärkere Betonung der Bedeutung der Selbstbestimmung des Einzelnen gemäß Art. 1 GG, was Folgen etwa für untergesetzliche Rechtsnormen nach sich zieht²⁵.

Die juristische Methodenlehre steht angesichts von Europäisierung²⁶ und neuen Medien²⁷ vor neuen Herausforderungen. Auch neue Erkenntnisse aus den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften lassen Entscheidungen, Maßstäbe und Bewertungen in neuem Licht erscheinen²⁸. Insofern lässt die Frage, welche Regelungen für den Schutz und die Entfaltung der Menschen und ihr Zusammenleben in der Gemeinschaft am besten geeignet sind, für die Zukunft noch interessante Diskussionen erwarten.

24 *Jocelyne Bourgon*, *New Directions in Public Administration. Serving Beyond the Predictable*, *Public Policy and Administration* 2009, S. 309 ff.; dazu *Hill*, *Perspektive* 2020, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsmodernisierung* 2010, 2010, S. 9 (16).

25 BVerfGE 107, 59 (92); dazu *Hill/Martini* (Fn. 2), § 34 Rdnr. 29.

26 *Hannes Rösler*, *Aufgaben einer europäischen Rechtsmethodenlehre*, *Rechtstheorie* 43 (2012), S. 495 ff.

27 *Florian Knauer*, *Juristische Methodenlehre 2.0?*, *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 379 ff.; *Hill*, *Die Veränderung juristischer Arbeit durch neue Medien*, in: *Hagen Hof/ Peter Götz von Olenhusen* (Hrsg.), *Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen...*, 2012, S. 334 ff.

28 *Hill*, *Bewerten und bewertet werden*, *Verwaltung & Management* 2012, S. 227 ff.

Die Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. Marc Carillo

Inhaber eines Lehrstuhls für Verfassungsrecht an der Universität Pompeu Fabra (Barcelona)

Prof. Dr. María Jesús Montoro Chiner

Inhaberin eines Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

Prof. Dr. Gisela Färber

Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaberin des Lehrstuhls für Wirtschaftliche Staatswissenschaften, insbes. Allgemeine Volkswirtschaftslehre und Finanzwissenschaft, an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Josep Ramón Fuentes I Gasó

Professor für Verwaltungsrecht an der Universität Rovira Virgili (Tarragona)

Prof. Dr. Hermann Hill

Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft und Öffentliches Recht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Dr. Detlef Merten

Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, em. Prof. Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Belén Noguera de la Muela

Professorin für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Peter Sommermann

Mitglied des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Prof. Dr. Jan Ziekow

Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung Speyer, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht, an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Los Autores y Editores

Prof. Dr. **Marc Carillo**

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Prof. Dra. **María Jesús Montoro Chiner**

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

Prof. Dra. **Gisela Färber**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública (FÖV), Catedrática de Ciencias Políticas Económicas, en particular teoría general de la economía política y hacienda pública, ex miembro del Consejo Nacional de Control de Normas, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Espira

Prof. Dr. **Josep Ramón Fuentes I Gasó**

Titular de Derecho Administrativo Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

Prof. Dr. **Hermann Hill**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública (FÖV), Catedrático de Ciencia Administrativa y Derecho Público, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Espira

Prof. Dr. Dr. **Detlef Merten**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública (FÖV), Profesor emérito de la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Espira

Prof. Dra. **Belén Noguera de la Muela**

Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

Prof. Dr. Dr. h.c. **Karl-Peter Sommermann**

Miembro del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública (FÖV), Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparato, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Espira

Prof. Dr. **Jan Ziekow**

Director del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública Catedrático de Derecho Público, en particular Derecho Administrativo General y Especial, Universidad Alemana de Ciencias de la Administración de Espira

Programm

Donnerstag, 23. Mai 2013

19.30 Uhr Gemeinsames Abendessen in einem Speyerer Restaurant

Freitag, 24. Mai 2013

09.00 Uhr **Einführung**

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für Öffentliche Verwaltung Speyer

Frau *Montserrat de Vehí Torra*

Direktorin der Escola d'Administració Pública de Catalunya

09.15 Uhr **Das ferne Ziel guter Rechtsetzung. Gedanken zu einigen Regelungsbereichen und eine Fallstudie**

Prof. Dr. *María Jesús Montoro Chiner*

Inhaberin eines Lehrstuhls für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

09.45 Uhr **Stand und Perspektiven der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland**

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht, Leiter des Instituts für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation

10.15 Uhr **Diskussion**

11.00 Uhr **Kaffeepause**

11.30 Uhr **Krisengesetzgebung und die Auswirkung ihrer Qualität auf die Grundrechte**

Prof. Dr. *Marc Carrillo*

Inhaber eines Lehrstuhls für Verfassungsrecht an der Universität Pompeu Fabra (Barcelona)

12.00 Uhr **Gute Rechtsetzung im Bereich der Verwaltungsverträge: eine unaufschiebbare Notwendigkeit**

Prof. Dr. *Belén Noguera de la Muela*

Professorin für Verwaltungsrecht an der Universität Barcelona

12.30 Uhr **Diskussion**

13.00 Uhr **Mittagessen in der Taberna**

14.00 Uhr **Die Rolle des Nationalen Normenkontrollrates bei der Verbesserung der Rechtsetzung**

Prof. Dr. *Gisela Färber*

Inhaberin des Lehrstuhls für Wirtschaftliche Staatswissenschaften, insbes. Allgemeine Volkswirtschaftslehre und Finanzwissenschaft, bis 2011 Mitglied des Nationalen Normenkontrollrats

14.30 Uhr **Schuldet der Gesetzgeber nur ein wirksames Gesetz oder auch ein gutes Gesetzgebungsverfahren?**

Prof. wDr. Dr. *Detlef Merten*

em. Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Wirtschaftsverwaltungsrecht und Sozialrecht

15.00 Uhr **Diskussion**

15.30 Uhr **Kaffeepause**

16.00 Uhr **Gute Praxis und Verhaltenskodizes. Ein Ersatz für Gesetzgebung?**

Prof. Dr. *Josep Ram3n Fuentes i Gas3*

Professor für Verwaltungsrecht an der Universität Rovira Virgili (Tarragona)

16.30 Uhr **Pluralität und Wechselwirkung von Regelsystemen**

Prof. Dr. *Hermann Hill*

Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft und 3ffentliches Recht

17.00 Uhr **Diskussion**

17.30 Uhr **Schlusswort**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*

Inhaber des Lehrstuhl für 3ffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung

18.15 Uhr **Ausflug an die Weinstraße mit gemeinsamem Abendessen**

Samstag, 25. Mai 2013

Gelegenheit zu einem Ausflug nach Heidelberg

Programa

23 de mayo de 2013

19.30 h Cena de bienvenida en un restaurante en Speyer

24 de mayo de 2013

09.00 h **Introducción**

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Director del Instituto Alemán de Investigación para la Administración Pública

Señora *Montserrat de Vehí Torra*

Directora de la Escola d'Administració Pública de Catalunya

09.15 h **El Objetivo (Distante) de la buena Legislación. Reflexión en torno a varios Sectores y un case study**

Prof. Dra. *María Jesús Montoro Chiner*

Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

09.45 h **Estado y perspectivas de la evaluación de impacto de la legislación**

Prof. Dr. *Jan Ziekow*

Catedrático de Derecho Público, en particular Derecho Administrativo General y Especial, Director del Instituto para la Evaluación del Impacto de la Legislación

10.15 h **Debate**

11.00 h **Coffee Break**

11.30 h **La legislación sobre la crisis y el impacto de su calidad en los derechos fundamentales**

Prof. Dr. *Marc Carrillo*

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

12.00 h **La buena legislación en los contratos del Sector Público: Una necesidad inaplazable**

Prof. Dra. *Belén Noguera de la Muela*

Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona

12.30 h **Debate**

13.00 h **Almuerzo en la Mensa de la Universidad**

14.00 h **El papel del Consejo Nacional alemán de Control de Normas en el mejoramiento de la legislación**

Prof. Dra. *Gisela Färber*

Catedrática de Ciencias Políticas Económicas, en particular teoría general de la economía política y hacienda pública, ex miembro del Consejo Nacional de Control de Normas

14.30 h **El deber del legislador: ¿Solamente leyes efectivas, o también un buen procedimiento legislativo?**

Prof. Dr. Dr. *Detlef Merten*

Catedrático em. de Derecho Público, en particular Derecho Administrativo Económico y Derecho Social

15.00 h **Debate**

15.30 h **Coffee Break**

16.00 h **Buenas prácticas y códigos de conducta. ¿Sustitutivos de la legislación?**

Prof. Dr. *Josep Ramon Fuentes i Gasó*

Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rovira Virgili (Tarragona)

16.30 h **Pluralidad e interacción de sistemas de reglamentación**

Prof. Dr. *Hermann Hill*

Catedrático de Ciencia Administrativa y Derecho Público

17.00 h **Debate**

17.30 h **Clausura**

Prof. Dr. Dr. h.c. *Karl-Peter Sommermann*

Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado

18.15 h **Excursión a la ruta del vino y cena**

25 de mayo de 2013

Ocasión para una excursión a Heidelberg

I. SPEYERER FORSCHUNGSBERICHTE

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 259 *Kai Masser/Doris Endesfelder*, Führungskräftefeedback (FFB) im Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten (LABO) in Berlin, Aufbau und Erprobung eines Erhebungs- und Analysesystems, Januar 2009.
- Nr. 260 *Holger Mühlenkamp/Andreas Glöckner*, Rechtsvergleich kommunale Doppik. Eine Synopse und Analyse ausgewählter Themenfelder des neuen, doppelten kommunalen Haushaltsrechts der Bundesländer, März 2009; Reprint Januar 2010.
- Nr. 261 *Helmut Klages/Kai Masser*, Das „Speyerer Bürgerpanel“ als Element beteiligungsintensiver Demokratie auf der lokalen Ebene. Die Bürgerbefragung „Unser Nürtingen – unsere Werte“ 2008 als Beispiel, Juli 2009.
- Nr. 262 *Dieter Beck/Rudolf Fisch*, Subjektive Theorien von Führungskräften über die Gestaltung von Veränderungsprozessen in der öffentlichen Verwaltung, November 2009.
- Nr. 263 *Klaus König/Sabine Kropp* (Hrsg.), Theoretische Aspekte einer zivilgesellschaftlichen Verwaltungskultur, Dezember 2009.
- Nr. 264 *Dennis Kutting*, „Neues Bauen für Neue Menschen?“ Planungen städtischer Verwaltungen und Aneignung durch die Bewohner im sozialen Wohnungsbau der 1920er Jahre, Oktober 2010.
- Nr. 265 *Helmut Klages/Kai Masser*, Die Stadt im Blickfeld des Bürgers - Das Speyerer Bürgerpanel als Element beteiligungsbasierter Stadtentwicklung, Dezember 2010.
- Nr. 266 *Bernd W. Wirtz/Sebastian Ullrich/Linda Mory*, E-Health – Akzeptanz der elektronischen Gesundheitskarte, Januar 2011.
- Nr. 267 *Christian Jock* (Hrsg.) im Auftrag des Unterausschusses Allgemeine Verwaltungsorganisation des Arbeitskreises VI der Innenministerkonferenz, Aktivitäten auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsmodernisierung in den Ländern und beim Bund 2008-2010, November 2011.
- Nr. 268 *Kai Masser*, Zwei Bürgerpanelbefragungen mit der Universität Tübingen: 1. „Wie finanzieren wir die Zukunft?“ 2010, 2. „Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen“ 2011. Analyse der Präferenzstruktur der Daseinsvorsorge unter Hinzuziehung von Ergebnissen der Städte Leipzig und Ludwigs-hafen, Juli 2011.

- Nr. 269 *Gisela Färber* (Hrsg.), *Governing from the Center: The Influence of the Federal / Central Government on Subnational Governments. Papers Presented at the Conference of the IACFS September 29 – October 1, 2011 in Speyer, September 2012.*
- Nr. 270 *Sabine Kuhlmann/Philipp Richter/Christian Schwab/Dirk Zeitz*: *Kommunal- und Verwaltungsreform: Optionen zur Neugestaltung der Gemeindeebene in Brandenburg, September 2012.*
- Nr. 271 *Gisela Färber/Joachim Wieland/Marco Salm/Johanna Wolff/Dirk Zeitz*, *Reform des kommunalen Finanzausgleichs in Thüringen. Gutachten im Auftrag des Finanzministeriums des Freistaats Thüringen, November 2012.*
- Nr. 272 *Jan Ziekow/Corinna Sicko/Axel Piesker*, *Abschied vom Arkanprinzip? Evaluation des Landesinformationsfreiheitsgesetzes Rheinland-Pfalz, Februar 2013.*
- Nr. 273 *Kai Masser*, *Zwei Bürgerpanelbefragungen mit der Universitätsstadt Tübingen: 1. Wie finanzieren wir die Zukunft?“ 2010. 2. „Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen“ 2011. Teil 2: Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen, Februar 2013.*
- Nr. 274 *Gisela Färber* unter Mitarbeit von *Marco Salm*, *Gesetzesfolgenabschätzung unter der Genderperspektive – am Beispiel des Faktorverfahrens nach § 39f EstG, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Juni 2013.*
- Nr. 275 *Kai Masser/Tobias Ritter/Jan Ziekow*, *Erweiterte Bürgerbeteiligung bei Großprojekten in Baden-Württemberg – Abschätzung der Auswirkungen der Verwaltungsvorschrift „Bürgerdialog“ und des „Leitfadens für eine neue Planungskultur“ der Landesregierung, Mai 2014.*
- Nr. 276 *Gisela Färber/Marco Salm/Christian Schwab*, *Evaluation des Verwaltungsmodernisierungsprozesses „CHANGE²“ der Stadt Mannheim, Mai 2014.*
- Nr. 277 *Steffen Walther*, *Reformen der Beamtenversorgung aus ökonomischer Perspektive, Juni 2014.*
- Nr. 278 *Stefan Preller*, *Nachhaltige Finanzierung der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst, September 2014.*
- Nr. 279 *Joachim Wieland/Johanna Wolff*, *Kommunales Vermögen – Kommunale Finanz- und Vermögensverwaltung unter Knappheitsbedingungen, Oktober 2014.*
- Nr. 280 *Mario Martini/Georg Thiel/Astrid Röttgen* (Hrsg.), *Geodaten und Open Government – Perspektiven digitaler Staatlichkeit, November 2014.*
- Nr. 281 *María Jesús Montoro Chiner/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), *Gute Rechtsetzung – La Buena Legislación, März 2015.*

II. SELBSTÄNDIGE VERLAGSPUBLIKATIONEN

(nur im Buchhandel erhältlich)

234. *Klaus König*, Moderne öffentliche Verwaltung – Studium der Verwaltungswissenschaft, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 195, Berlin 2008.
235. *Werner Jann/Klaus König* (Hrsg.), Regieren zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Schriftenreihe Neue Staatswissenschaften, Bd. 9, Tübingen 2008.
236. *Dorothea Jansen* (Hrsg.), Neue Governance für die Forschung. Tagungsband anlässlich der wissenschaftspolitischen Tagung der Forschergruppe "Governance der Forschung". Berlin, 14.-15. März 2007, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 5, Baden-Baden 2009.
237. *Sven Barnekow*, Strategien kommunaler Energieversorger unter volatilen Marktbedingungen. Eine Analyse sozio-technischer Transformationen, Hamburg 2009.
238. *Eberhard Bohne*, The World Trade Organization – Institutional Development and Reform, Hampshire/New York 2010.
239. *Bernd W. Wirtz* (Hrsg.), E-Government. Grundlagen, Instrumente, Strategien, Wiesbaden 2010.
240. *Dorothea Jansen* (Hrsg.), Governance and Performance in the German Public Research Sector - Disciplinary Differences, Dordrecht 2010.
241. *Margrit Seckelmann/Stefan Lange/Thomas Horstmann* (Hrsg.), Die Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Wissenschafts- und Bildungspolitik – Analysen und Erfahrungen, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 11, Baden-Baden 2010.
242. *Jan Ziekow* (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Public Private Partnership) in/nach der Weltwirtschaftskrise, Baden-Baden 2011.
243. *Richard Heidler*, Evolution und Struktur von Wissenschaftsnetzwerken am Beispiel der Astrophysik, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 12, Baden-Baden 2011.
244. *Dorothea Jansen/Katrin Ostertag/Rainer Walz* (Hrsg.), Sustainability Innovations in the Electricity Sector, Berlin/Heidelberg 2012.
245. *Alexander Windoffer*, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, Jus Publicum 209, Tübingen 2011.

246. *Dorothea Jansen*, Towards a European Research Area. Proceedings of a Research Conference at the German Research Institute for Public Administration Speyer, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung, Bd. 13, Baden-Baden 2012.
247. *Ulrich Stelkens/Wolfgang Weiß/Michael Mirschberger* (Hrsg.), The Implementation of the EU Services Directive. Transposition, Problems and Strategies, The Hague 2012.
248. *Christian Jock*, Das Instrument der Fachaufsicht. Rechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme und potenzielle Weiterentwicklungen, Göttingen 2011.
249. *Margrit Seckelmann*, Informationen durch Performance Measurement - Die Leistungsvergleiche nach Art. 91d GG, Karlsruher Dialog zum Informationsrecht, Bd. 2, Karlsruhe 2012.
250. *Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Elisabeth Musch*, Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts. Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Auftrag des Deutschen Bundestages, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 1, Baden-Baden 2013.
251. *Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Axel Piesker*, Die Planung und Durchführung von Gesetzesevaluationen. Ein Leitfaden unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Eingriffe, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 2, Baden-Baden 2013.
252. *Christoph Ewen/Oscar W. Gabriel/Jan Ziekow*, Bürgerdialog bei der Infrastrukturplanung: Erwartungen und Wirklichkeit. Was man aus dem Runden Tisch Pumpspeicherwerk Atdorf lernen kann, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 3, Baden-Baden 2013.
253. *Jan Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corinna Sicko*, Neue Serviceangebote für Dienstleister. Erfahrungen mit den Einheitlichen Ansprechpartnern in Baden-Württemberg, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 4, Baden-Baden 2014.
254. *Klaus König/Sabine Kropp/Sabine Kuhlmann/Christoph Reichard/Karl-Peter Sommermann/Jan Ziekow* (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung, Baden-Baden 2014.
255. *Christian Bauer*, Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungsstaat. Die Gasnetzzugangs- und Gasnetzentgeltregulierung durch Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Bd. 225, Berlin 2014.
256. *Insa Pruisken*, Fusionen im institutionellen Feld „Hochschule und Wissenschaft“, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung Bd. 15, Baden-Baden 2014.
257. *Klaus König*, Operative Regierung, Tübingen 2015.

III. FÖV DISCUSSION PAPERS

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 52 *Andreas Knorr/André Heinemann*, Regional airport subsidies in the EU – the case for a more economic approach in the application of the EU's state aid rules, Juli 2009.
- Nr. 53 *Andreas Knorr/André Heinemann/Alexander Eisenkopf*, Germany's Autobahn Toll for Heavy Goods Vehicles after four Years: Experiences and Perspectives, Dezember 2009.
- Nr. 54 *Rahel Schomaker*, Bereitstellung netzgebundener Infrastruktur – Regulierung vs. Public Private Partnerships, Dezember 2009.
- Nr. 55 *Holger Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen? –, Januar 2010.
- Nr. 56 *Christian Bauer*, „Collaborative Governance“ – ein neues Konzept für die Regulierung der europäischen Strom- und Gasmärkte?, Januar 2010.
- Nr. 57 *Andrei Kiraly*, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung. Ihre Rechtsstellung bei der Korruptionsbekämpfung, Speyer, März 2010.
- Nr. 58 *Kathrin Przybilla*, The "WTOisation" of the customs administration: Uniformity of the administration of law according to Article X:3 (a) GATT 1994 and its implications for EU customs law, Speyer, März 2010.
- Nr. 59 *Eberhard Bohne*, Clash of Regulatory Cultures in the EU: The Liberalization of Energy Markets, Speyer, Juni 2010.
- Nr. 60 *Andreas Knorr/Jörg Bellmann/Rahel Schomaker*, International Trade Rules and Aircraft Manufacturing: Will the World Trade Organization Resolve the Airbus-Boeing Dispute?, Speyer, September 2010.
- Nr. 61 *Albrecht Blümel/Katharina Kloke/Georg Krücken*, Hochschulkanzler in Deutschland: Ergebnisse einer hochschulübergreifenden Befragung, Speyer, September 2010.
- Nr. 62 *Jonas Buche*, Die Europäisierung von Parteien und Parteiensystemen - Eine Analyse am Beispiel Schwedens vom Beitritt zur EU 1995 bis zur Reichstagswahl 2006, Speyer, September 2010.
- Nr. 63 *Andreas Knorr/Andreas Lueg-Arndt/Barbara Lueg*, Airport Noise Abatement as an International Coordination Problem – The Case of Zurich Airport, Februar 2011.

- Nr. 64 *Gisela Färber*, Steuerhoheit von Gebietskörperschaften, März 2011.
- Nr. 65 *Bernd W. Wirtz/Linda Mory/Robert Piehler*, Kommunales E-Government: Erfolgsfaktoren der Interaktion zwischen Stadtportalen und Anspruchsgruppen, März 2011.
- Nr. 66 *Aron Buzogány/Andrej Stuchlik*, Paved with good intentions Ambiguities of empowering parliaments after Lisbon, Mai 2011.
- Nr. 67 *Dennis Kutting*, Staatliche Verwaltungsarchitektur der 1950er Jahre in der Bundesrepublik, Forschungsstand, Problemstellung und Perspektiven, Juli 2011.
- Nr. 68 *Ulrich Stelkens*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, August 2011.
- Nr. 69 *Gisela Färber*, Impacts of the Global Financial Crisis in a Federation: Evidence from Germany, Januar 2012.
- Nr. 70 *Ulrich Stelkens/Hanna Schröder*, EU Public Contracts – Contracts passed by EU Institutions in Administrative Matters, Speyer, März 2012.
- Nr. 71 *Hans Herbert von Arnim*, Der Bundespräsident – Kritik des Wahlverfahrens und des finanziellen Status, Speyer, März 2012.
- Nr. 72 *Andreas Knorr*, Emissionshandel und Luftverkehr – Eine kritische Analyse am Beispiel des Europäischen Emissionshandelssystems (EU ETS) –, Speyer, September 2012.
- Nr. 73 *Gisela Färber/Julia Einsiedler*, Bürokratiekostenabbau im Steuerrecht: Ein Ansatz zur Vereinfachung des Steuerrechts? Speyer, September 2012.
- Nr. 74 *Tim Jäkel*, Wer vergleicht seine Leistung, wenn er hohe Schulden hat? Empirische Evidenz aus den deutschen kreisfreien Städten, Speyer, Mai 2013.
- Nr. 75 *Holger Mühlenkamp*, From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, Speyer, Juli 2013.
- Nr. 76 *Dirk Zeitz*, Bewertung der Einfacher-zu-Projekte unter dem Blickwinkel eines Vollzugsbenchmarking, Speyer, September 2013.
- Nr. 77 *Stefan Domonkos*, Making Increased Retirement Age Acceptable: The Impact of Institutional Environment on Public Preferences for Pension Reforms, Juni 2014.
- Nr. 78 *Daniela Caterina*, Construing and managing the crisis: A cultural political economy perspective on the Italian Labour Market Reform 2012, Juni 2014.
- Nr. 79 *Marco Salm*, Property Taxes in BRICS: Comparison and a First Draft for Performance Measurement, Speyer, Oktober 2014.

IV. Vorträge aus dem Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

Nr. 1 *Hans Peter Bull*, Vom Auf- und Abbau der Bürokratie, Januar 2006.

Nr. 2 *Janbernd Oebbecke*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Verwaltung, Januar 2006.



ISBN 978-3-941738-19-5
ISSN 0179-2326

DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR
ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER
FORSCHUNG ÜBER UND FÜR DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

Hausanschrift
Freiherr-vom-Stein-Straße 2
67346 Speyer

Postanschrift
Postfach 14 09
67324 Speyer

Tel.: +49 (0) 62 32 / 654-0
E-Mail: foev@foev-speyer.de
<http://www.foev-speyer.de>