

## EL DECRETO-LEY: ¿EXCEPCIONALIDAD O HABITUALIDAD?

MARC CARRILLO

SUMARIO: A.1. LOS PODERES DE LA CORONA Y EL PRINCIPIO MONÁRQUICO.—2. LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO Y LAS MONARQUÍAS LIMITADAS.—3. EL PODER NORMATIVO Y LAS LEYES CONSTITUCIONALES FRANCESAS DE 1875.—4. LOS EFECTOS DEL CONSTITUCIONALISMO DE ENTREGUERRAS EN LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO: LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD.—5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DECRETO-LEY.—B.1. LOS ANTECEDENTES DEL DECRETO-LEY EN ESPAÑA.—2. LA NATURALEZA DEL DECRETO-LEY Y LA CUESTIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE.—3. LOS LÍMITES MATERIALES.—4. LOS MECANISMOS DE CONTROL PARLAMENTARIO.

El Decreto-ley aparece en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español como una norma con rango de ley de uso excepcional por el Gobierno, en función de la urgencia que un supuesto de hecho plantee. La posibilidad de que el ejecutivo ejerza, circunstancialmente, la potestad legislativa es una realidad que si bien reconocen la Constitución española actual (CE) y, entre otras, la italiana de 1947, no supone una innovación radical en las formas de producción normativa.

En un reciente estudio, el profesor SCHNEIDER llegaba a afirmar que de acuerdo con el actual sistema de distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno y los procesos de racionalización del poder, hoy se tiene la impresión de que en el Estado democrático es el Gobierno el auténtico legislador y que el Parlamento se limita a controlar la aplicación de un programa político (1). Una reflexión de este calibre afecta de forma notable a la estructura tradicional de las instituciones democrático-liberales y obliga a incidir sobre algunos aspectos del itinerario que la potestad normativa del ejecutivo ha seguido desde que el Estado liberal

---

(1) Vid. HANS PETER SCHNEIDER, en su contribución al *Handbuch des Verfassungsrechts* (Benda, Maihofer Vogel, hrsg., Berlín, 1983); citado por JAVIER PÉREZ ROYO, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno». En *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*. Diputación de Barcelona, 1985, pág. 95.

inició su andadura. Se centrará para ello la atención en la denominada legislación de urgencia.

## 1. LOS PODERES DE LA CORONA Y EL PRINCIPIO MONÁRQUICO

De entrada, resulta obligado resaltar que la diferente tradición jurídica generada en Europa tras la revolución francesa impide todo planteamiento unívoco del concepto de ley. En este sentido, conviene destacar las diferencias que se manifiestan en el derecho público alemán y francés al respecto.

La tradición jacobina instituyó al Parlamento como fuente monista de legitimidad, haciendo de la ley la norma primaria universal, mientras que en Alemania se reclamaba una legitimidad dual que sería el fundamento de las monarquías germánicas (Weimar, 1816; Baviera y Baden, 1818; Württemberg, 1819) y de la Carta francesa de 1814 (2).

Interesa retener, en primer lugar, la atención en el caso alemán. El principio monárquico que preside la organización institucional de estas monarquías y que el Acta Adicional de Viena de 1820 reconoció hasta la caída del II Imperio un siglo después, comporta para el Rey la potestad de expresar la voluntad del Estado y de ejercer, en consecuencia, los poderes públicos. En términos más concretos, la soberanía corresponde al príncipe en quien inicialmente se concentran todos los poderes del Estado. No obstante, es el Soberano quien autolimita sus atribuciones a través de la Constitución, que reconoce funciones propias también a otras instituciones, entre ellas el Parlamento.

Como ya ha señalado MENÉNDEZ REXACH, en el principio monárquico se ha querido ver la típica manifestación del espíritu alemán frente al régimen parlamentario (3). Sin embargo, sus propios valedores —STEIN y STHAL entre otros— han insistido en la tesis del compromiso político fomentado por el monarca y las fuerzas socia-

---

(2) ANGEL GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*. C.E.C., Madrid, pág. 22 y sigs.

(3) A. MENÉNDEZ REXACH, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*. I.E.A. Madrid, 1979, pág. 67 y sigs.

les que le apoyaban, a fin de conservar un amplio y autónomo ámbito de poder. Fruto de ello, los poderes del Rey no proceden de la Constitución, sino que ésta aparece como un factor de auto-limitación. El Rey no tiene, pues, un poder ilimitado. A mayor abundamiento, y de acuerdo con JELLINEK (4), la característica esencial del Monarca en esta época es la de ejercer sus poderes en una esfera libre, pues si bien está formalmente limitada por las leyes su contenido no queda afectado ya que sobre el mismo ejerce una plena potestad. La Carta bávara era muy clara al respecto.

Desde estas coordenadas de absoluta preeminencia del Rey como jefe del ejecutivo, el Parlamento quedaba como una instancia residual limitadora de las atribuciones del monarca quien conservaba, no obstante, la potestad de legislar en su práctica integridad. Por tanto, que ello se realizase mediante ley formal o por la vía de urgencia, no parece que fuese entonces cuestión en exceso relevante, aunque el Rey abusase con frecuencia de las ordenanzas de seguridad del Estado, como así lo prueba el caso de Carlos X en Francia (5).

## 2. LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO Y LAS MONARQUÍAS LIMITADAS

Con la monarquía orleanista y la Constitución belga de 1831 se produjo un cambio cualitativo en el sistema de relación de poderes. Los doctrinarios introducen el concepto de soberanía compartida y fruto de ello la potestad legislativa se ejerce entonces de forma conjunta por el Rey y el Parlamento. Este aumenta su nivel de influencia en las decisiones del Estado, pero el Rey como jefe del ejecutivo sigue conservando un poder que dista mucho de ser residual. Veámoslo. Una primera característica de las innovaciones orleanistas fue la reserva de ley concebida inicialmente, como un mecanismo de defensa del ámbito de competencias del legislativo

---

(4) GEORG JELLINEK, *Teoría del Estado*, Albatros, Buenos Aires, págs. 516-517; MIGUEL HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *El principio monárquico*, Alianza editorial. Madrid, 1972, págs. 21-23.

(5) Vid. MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pág. 69.

frente a las intromisiones del ejecutivo, pero que en realidad acataba de forma reductiva el poder de las asambleas (6). Esencialmente porque bastaba que una norma no impidiese la acción del Gobierno para que éste pudiese actuar.

El Gobierno y la administración no tenían como objetivo la ejecución de la ley, sino más bien la ejecución de fines propios, investidos de la legitimidad que les otorgaba el principio de la soberanía compartida. Ello explicaba las enormes posibilidades de establecer espacios autónomos exentos de ley y, en consecuencia, al margen del Parlamento. En este sentido, los reglamentos independientes eran una actividad normativa habitual del ejecutivo y, a través de ellos, una forma de hacer frente a situaciones de urgencia. Una buena prueba de ello era la situación que se creaba en algunas constituciones monárquicas —Imperio alemán, 1871; Austria, 1867— en las que estaba prevista la aplicación del estado de necesidad para los supuestos en los que las cámaras no estaban reunidas (7). Tal eventualidad suponía una concentración de poderes en el Monarca y sus ministros, que posteriormente se veían incrementados por la tardanza del Rey en convocar al Parlamento. Asimismo, la inviolabilidad que afectaba a la institución regia propiciaba un uso incorrecto cuando no regresivo de los poderes constitucionalmente previstos, hasta el punto de retrotraer la situación a la época anterior de Cartas otorgadas. La historia constitucional española es muy prolífica en casos parecidos (8).

### 3. EL PODER NORMATIVO Y LAS LEYES CONSTITUCIONALES FRANCESAS DE 1875

La tradición jacobina entendió el concepto de ley desde su consideración como norma primaria y universal, lo cual implicaba que, sólo a partir de una norma aprobada en el Parlamento, podía derivarse el ejercicio de funciones para otros poderes públicos.

---

(6) GARRORENA MORALES, *op. cit.*, págs. 29 y 30.

(7) GENEVIÈVE CAMUS, *L'Etat de nécessité en démocratie*. LGDJ, París, 1985, pág. 34.

(8) JORDI SOLÉ TURA y ELISEO AJA, *Constituciones y períodos constituyentes (1808-1936)*, S. XXI, Barcelona, 1977.

Entre los rasgos de este planteamiento había que retener, por un lado, el rechazo a la técnica de la reserva de ley y, por otro, la aceptación plena del principio de legalidad entendido como vinculación positiva a la ley de todas las instancias de poder público (9). La conjunción de estos elementos había de impedir que el ejecutivo ostentase parcelas de inmunidad que se pudiesen entender sustraídas al imperio de aquélla.

De acuerdo con las leyes constitucionales francesas de 1875, el Presidente de la República, como jefe del ejecutivo, no disponía por sí mismo de ningún poder inicial de decisión que no derivase de una autorización parlamentaria. De acuerdo con las previsiones constitucionales, el Parlamento ejercía plenamente la potestad legislativa y sólo por habilitación específica podía el Presidente dictar normas sobre materias reservadas a la competencia del Parlamento. En este sentido CARRÉ DE MALBERG, como defensor y excelente intérprete del nuevo ordenamiento constitucional surgido de la III República, negaba, en principio, toda viabilidad jurídica a reglamentos presidenciales que no tuviesen su raíz en una ley habilitadora; es decir, sólo bajo el marco normativo delimitado por el órgano básico de legitimación del Estado —el Parlamento— tenía sentido la potestad reglamentaria presidencial (10).

Sin embargo, no todas las posiciones al respecto eran unívocas entre los juristas de la época. Había autores, entre ellos el propio LEÓN DUGUIT, que admitía la posibilidad de reglamentos de policía espontáneos o independientes haciendo valer para ello la propia tradición constitucional anterior a 1875, así como también elementos propios de lo que se ha dado en llamar la constitución interna de un país. De acuerdo con estos planteamientos el Jefe del Estado podía dictar normas destinadas a operar como leyes y otras como simples reglamentos.

Evidentemente, CARRÉ DE MALBERG discrepaba de esta interpretación; sin embargo, la sublimación que llegaba a hacer de la soberanía del Parlamento conducía de hecho a admitir situaciones de flexibilidad respecto a las posibilidades del ejecutivo para producir

---

(9) GARRORENA MORALES, *op. cit.*, pág. 23.

(10) RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'Etat* (Tome I), CNRS-Recueil Sirey Paris, 1920, pág. 678 y sigs.

normas con rango de ley. Así, por ejemplo, argumentaba que en principio el parlamento ha de sentirse seguro de que todo reglamento, sea cual fuere su objeto, depende en última instancia de su voluntad superior. Por esta razón, las cámaras pueden tolerar fácilmente que el Gobierno dicte reglamentos que de acuerdo con la Constitución precisarían de una previa autorización legislativa. De esta forma, CARRÉ justificaba que después de 1875 el Gobierno hubiese continuado dictando reglamentos que excedían la simple ejecución de leyes. Por su parte, DUGUIT caracterizaba esta situación afirmando que el ejercicio del poder reglamentario autónomo implicaba una forma de colaboración de poderes (11).

Estas posiciones doctrinales, divergentes entre sí, encontraron, sin embargo, confirmación práctica en una resolución (1907) favorable del Consejo de Estado. La base de estos planteamientos, como ya se ha apuntado con anterioridad, se fundamentaba en la tradición monárquica y napoleónica por la que el poder ejecutivo opera también como una especie de poder legislativo paralelo al Parlamento, en función de las prerrogativas personales inherentes al Rey en la Monarquía. Para CARRÉ este enfoque era de todo punto inadmisibles y carente de base constitucional. La única fuente legitimadora del reglamento tenía que ser la ley, y sin que ello pudiese generar el otorgamiento de ordenanzas de necesidad semejantes a las dictadas por el Monarca en Alemania (*notverordungen*); sin embargo, la praxis no confirmaría la confianza que este autor depositaba en la soberanía parlamentaria.

Así lo demostraría de nuevo el Consejo de Estado a propósito de un Decreto de 15 agosto 1914 que modificaba una ley de 1912, al reconocer explícitamente que «en casos de estado de guerra, pertenece al Presidente de la República tomar las medidas exigidas por las circunstancias al objeto de asegurar, en interés de la defensa nacional, la ejecución de la ley». Asimismo, los estudios de BARTHELEMY y JEZE sobre los poderes del ejecutivo en tiempo de guerra aceptaban también esta excepción al principio general, precisando no obstante, que una situación excepcional no podía engendrar poderes discrecionales en el Presidente, sino sólo la posibilidad de

---

(11) *Ibidem*, pág. 681; L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo II, París, 1924, págs. 344-345.

acentuar sus iniciativas parlamentarias. Todo ello confirmaba que la vía de la legislación de urgencia quedaba abierta (12).

Curiosamente, CARRÉ DE MALBERG se mostraría más tolerante con los polémicos decretos-leyes —así denominados por sus detractores— del gobierno POINCARE, publicados en 1924 y 1926. El supuesto de hecho fue el siguiente: debido a la gravedad de la situación financiera, el gobierno presentó un proyecto de ley destinado a obtener autorización parlamentaria para proceder por decreto durante un cierto tiempo a fin de reformar la organización y funcionamiento de los servicios públicos; con posterioridad a su entrada en vigor, los decretos fueron homologados por las cámaras y convertidos en leyes. La justificación del jurista francés se centró en que, si bien el Parlamento había habilitado reglamentos en materias propias del legislativo, lo importante seguía siendo que éste ostentaba la potestad de sancionar su validez, con independencia de que no se pronunciase sobre el fondo de la cuestión. En este sentido, no dejaban de apreciarse similitudes entre estas consideraciones y lo sostenido por LABAND cuando afirmaba que si bien la fuerza superior de la ley se deduce especialmente de su forma, la fuerza de la norma legislativa no depende, exclusivamente, de su origen formal. Paradójicamente, dos tradiciones jurídicas distintas coincidían en un tema fundamental (13).

Esta reconversión de los poderes constitucionales en las leyes de 1875 modificó la posición de la voluntad general. Mientras que en la ley era la nación misma, representada por su Parlamento, quien ejercía el poder, en el reglamento habilitado, el poder era ejercido por el Presidente que no poseía la misma base de legitimación. Vemos, pues, que un sistema político fundamentado inicialmente en un claro predominio del Parlamento experimentó, en supuestos de hecho unas veces excepcionales y otras no tanto, un evidente trasvase de poder hacia instancias ejecutivas que en numerosas ocasiones se convirtieron en centro neurálgico del poder político. En este sentido, no deja de resultar sugerente la reflexión de CARL SCHMITT al

---

(12) BARTHELEMY, «Le droit public en temps de guerre». *RDP*, 1915, pág. 571; JEZE, «Pouvoirs de l'Exécutif en temps de guerre», *RDP*, 1915, pág. 487 (citado por CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pág. 678 y sigs.).

(13) Vid. CARRÉ DE MALBERG, *La contribución...*, pág. 678 y sigs.; PÉREZ ROYO, *art. cit.*, págs. 98-99.



considerar que el constitucionalismo francés de esta época no dejaba de ser tributario de los planteamientos monárquicos de antaño, en la medida en que de hecho configuraba un ejecutivo como contrapeso de las asambleas legislativas (14). Como la historia más reciente demuestra, ello no sería un caso aislado en la historia constitucional francesa.

#### 4. LOS EFECTOS DEL CONSTITUCIONALISMO DE ENTREGUERRAS EN LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER NORMATIVO: LAS ORDENANZAS DE NECESIDAD

El proceso de racionalización del poder que generó el constitucionalismo de entreguerras aportó, entre otras innovaciones, el reconocimiento de los llamados reglamentos de necesidad dictados por el ejecutivo y la creación de órganos legislativos específicos para hacer frente a situaciones de urgencia cuando las cámaras no se encontrasen reunidas. Este era el caso de la Comisión Permanente prevista por el artículo 35 de la Constitución de Weimar o de otras equivalentes contempladas en las constituciones de Checoslovaquia, Austria, Polonia o la misma constitución de la II República española (artículo 80).

Pero, lo que aquí interesa retener sin duda es la primera de estas innovaciones y más en concreto la atribución que el tristemente célebre artículo 48 del texto de Weimar otorgaba al Presidente del Reich para tomar aquellas medidas que fuesen necesarias para el restablecimiento del orden y la seguridad públicos. Lo que MIRKINE GUETZEVITCH denominó sin reservas, reglamentos de necesidad o decretos-leyes (15). Evidentemente, el otorgamiento de poderes excepcionales a órganos ejecutivos no era una novedad y a ello ya se ha hecho referencia con anterioridad. Sin embargo, la singularidad del caso alemán fue la constitucionalización de estos poderes atribuyendo al Presidente una amplia capacidad decisoria en situaciones excepcionales y sin que se vislumbrase una explícita delimitación normativa.

---

(14) Vid. CARL SCHMITT, *La dictadura*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968; *La defensa de la Constitución*. Tecnos, Madrid, 1983.

(15) B. MIRKINE-GUETZEVITCH, Prólogo a *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, Lib. Delagrave, París, 1928, pág. 31.

El Decreto-ley aparecía ligado a situaciones de excepción constitucional que, rememorando las antiguas leyes marciales en los estados de guerra, atribuían la defensa del sistema constitucional al ejecutivo. Pero, ¿cuál era la razón por la que el Presidente alemán fuese el destinatario de estos poderes? El profesor DE VEGA ha señalado a este respecto, que la confrontación existente entre realidad constitucional y realidad política en el período de entreguerras planteó la necesidad de institucionalizar un defensor de la Constitución que, frente a las corruptelas políticas del legislativo y los posibles abusos de poder del ejecutivo, garantizase su respeto como norma suprema (16). HANS Kelsen depositó esta misión en un Tribunal Constitucional que la constitución austriaca adoptaría como solución propia; por el contrario, para CARL SCHMITT ello suponía la politización de la justicia e introducía una disfunción más que notable en el esquema de distribución de poderes del Estado. Por tanto, se hacía preciso otro tipo de defensa de la Constitución y el jurista alemán lo encontraba en la institución del Jefe del Estado ya que —según él— al ser plebiscitado por el pueblo podría actuar como instancia verdaderamente suprema y neutral y al margen de las disensiones políticas.

Dos caracteres importantes destacan en esta concepción. Primero, la pretendida noción del Jefe de Estado como poder neutral, intermediario o regulador, tributaria, sin duda, de la tradición sentada al respecto por CONSTANT; y segundo, la teorización de la doble legitimidad, de un lado, la atribuida al Parlamento y, de otro, la del propio Presidente del Reich que, en períodos de crisis o excepcionalidad, podía sobreponerse al resto de las instituciones y ejercer una función de arbitraje. Arbitraje que, siguiendo al propio SCHMITT, no debía consistir en una objetividad neutra sino en una decisión concreta consagrada a la defensa de los intereses de la colectividad (17). Se trataba, por tanto, de una opción política tomada por un órgano unipersonal que, para HUGO PREUSS, operaba como contrapeso a otras instituciones y que para SCHMITT —desde una perspectiva política distinta— se configuraba como un poder de resistencia a la mayoría. Más concretamente; si por causa de

---

(16) PEDRO DE VEGA, Prólogo a CARL SCHMITT, *La defensa...*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 17.

(17) SCHMITT, *La defensa...*, pág. 230 y sigs.

las discrepancias entre las minorías parlamentarias no se llegaba a alcanzar un acuerdo o éste violentaba derechos de la comunidad, el Presidente se transformaba en el centro del sistema institucional. La decisión del Jefe del Estado traducida en una norma jurídica que podía tener rango de ley, nacía —según SCHMITT— de una concepción democrática del Estado, entendido como unidad indivisible. En este sentido, la parte vencida en una votación no lo era fruto de una imposición de la mayoría, como ocurría en las democracias liberales, sino que la intervención presidencial era ejercida en virtud de un convenio a través del cual se aceptaba su mediación. Es de esta forma que la resistencia a la mayoría se justifica, puesto que para SCHMITT el sistema pluralista no era democrático (18).

Al margen de la vertiente autoritaria de este planteamiento, fundamentalmente por la atribución de la máxima capacidad decisoria a un órgano no parlamentario, es lícito reconocer su coherencia, ya que para el autor alemán, del contenido del artículo 48.2 es evidente que se deduce un apoderamiento para una comisión de acción no limitada jurídicamente, aunque bajo el control del Reichstag. Ahora bien, ello no podía suponer la realización de actos de naturaleza legislativa (19).

Sin embargo, la mayoría de la doctrina discrepaba de este razonamiento. Para estos sectores, encabezados por el propio CARRÉ DE MALBERG, la aplicación de las prescripciones del artículo 48.2 no impedían la apertura de una vía legislativa extraordinaria por parte del ejecutivo, vía que no era otra que la de las ordenanzas de necesidad o decretos-leyes (decretos «contra legem»). Y la realidad práctica confirmó con creces esta segunda hipótesis, como una forma habitual de producir normas jurídicas con rango de ley desde el ejecutivo. PÉREZ ROYO ha señalado, en este sentido, que hasta 1923, la República de Weimar experimentó un uso más intenso de leyes de habilitación referidas esencialmente a materias económico-financieras (20). Esta tendencia a obviar al Parlamento se acentuaría posteriormente con la agudización del proceso de descomposición del sistema de Weimar. El uso continuado de las ordenanzas

---

(18) *Ibidem*, pág. 248 y sigs.

(19) *Ibidem*, pág. 187 y sigs.

(20) PÉREZ ROYO, *art. cit.*, págs. 113-115.

de necesidad culminaría con la célebre y polémica de 24 de marzo de 1933, que al atribuir al gobierno del Reich la competencia para dictar leyes en sentido formal, otorgaba al nacional-socialismo el instrumento jurídico preciso para liquidar el sistema democrático, anulando las bases a partir de las cuales se había construido la distinción entre ley y reglamento.

El empleo de las ordenanzas de necesidad en el sentido apuntado gozó en Alemania de la aquiescencia del Tribunal de Justicia Constitucional y de los Tribunales Supremos de los Estados. Para ambas jurisdicciones, los decretos de necesidad en materia económica eran justificables cuando el Parlamento se mostraba incapaz de producir una mayoría para desarrollar sus actividades (vid. Sent. de 3/7/1929).

Asimismo, la autoridad jurisdiccional reducía a la inoperancia el control parlamentario previsto por el propio artículo 48.2, pues llegaba a considerar que si se aceptaba la derogación parlamentaria de una norma del ejecutivo con carácter retroactivo, el citado precepto devenía inaplicable. En una línea argumental semejante, SCHMITT afirmaba que denegar la posibilidad de tomar decisiones en materia económico-financiera respondía al espíritu del constitucionalismo proto-liberal más propenso, en ocasiones, a sacrificar la integridad del Estado a la santidad del derecho formal financiero (21).

Se trataba, pues, de aceptar una situación de hecho producto de una remodelación de poderes que variaba sustancialmente la legitimidad de la decisión e, incluso, la del propio Estado. La máxima «salus populi suprema lex», que JEZE había previsto para situaciones de preguerra se aplicaba en Alemania, y no sólo en ella, para supuestos mucho más habituales y sin que fuese preciso que las bayonetas acechasen.

El recurso a medidas propias del estado de necesidad destinadas a reforzar los poderes del ejecutivo también fue práctica habitual en otros países. Así en Austria, y a pesar de que la Constitución de 1920 prohibiese su práctica, el Gobierno asumía competencias legislativas por un Decreto de 1926, interviniendo el Banco Central

---

(21) SCHMITT. *La defensa...*, pág. 205.

a fin de evitar su quiebra, lo que provocaría ácidos comentarios de HERMANN HELLER a propósito de la virtualidad de la teoría pura del Derecho, inspiradora del texto constitucional austriaco que en ésta como en otras ocasiones sería vulnerado (22).

La Italia del Estatuto Albertino también ofrece numerosos ejemplos de uso abusivo de las ordenanzas de necesidad. Y conviene, asimismo, insistir sobre el caso francés, ya que a pesar de la plena atribución legislativa a las asambleas por parte de las leyes constitucionales de 1875, la III República se vio salpicada por una notable utilización de los poderes excepcionales por el ejecutivo. Como ha constatado WALINE, entre 1924 y 1940 el Gobierno recibió once poderes extraordinarios; durante los últimos seis años, hasta el régimen de Vichy, Francia estuvo treinta y un meses sobre setenta y dos bajo el régimen de decretos-leyes. Todo ello concluiría fenecida ya la III República, con la ley de plenos poderes al general PETAIN, de 10 de julio de 1940 (23).

Resulta paradigmático también el caso de la Gran Bretaña, donde a pesar de una previsión en sentido contrario, se ha dado paso —tras la Segunda Guerra Mundial— a un uso inusitado de la delegación legislativa (*delegated legislation*). Los *emergence powers act* de 1920 y 1939-40, pensados para tiempos de guerra, han sido utilizados con frecuencia en tiempos de paz poniendo en cuestión la tradicional preeminencia del Parlamento. E, incluso, como ha puesto de manifiesto MARSCHALL la discusión teórica sobre ello, no gira sobre la legitimidad sino sobre la conveniencia del ejercicio por el Gobierno, así como sobre su alcance (24).

##### 5. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY COMO CULMINACIÓN DE UN PROCESO

El constitucionalismo que emerge tras la segunda conflagración mundial supuso la consolidación de un proceso de racionalización

---

(22) Vid. HERMANN HELLER, *La Soberanía. (Contribución a la teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional)*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, págs. 212 y 213.

(23) PÉREZ ROYO, *art. cit.*, pág. 99.

(24) Vid. G. MARSCHALL, *Teoría Constitucional*, Madrid, 1982, pág. 152 y siguientes.

de las instituciones políticas iniciado en el período anterior. El Gobierno apareció como órgano beneficiado y uno de los mecanismos que reforzaban su poder era el reconocimiento del decreto-ley como fuente de producción normativa, sometido —eso sí— a diversas formas de control parlamentario a fin de obstaculizar un uso abusivo.

En Francia, la asamblea constituyente que aprobaría la Constitución de 1946 expresó inicialmente un claro rechazo a la admisión del decreto-ley como fuente jurídica. Se le consideraba como una norma viciada de ilegalidad desde su origen. Sin embargo, esta posición de principio quedaría desvirtuada muy pronto, ya que en pleno período constituyente de la IV República, la Asamblea Nacional por una ley de 7/X/1946 habilitaba al Gobierno para dictar decretos-leyes hasta el 1.º de julio del año siguiente. En los primeros años del nuevo régimen, las habilitaciones lo fueron para materias concretas, resistiéndose el Parlamento a conceder leyes de plenos poderes. Sin embargo, a partir de 1954 y con el apoyo del propio Consejo de Estado, la deslegalización de materias sería práctica habitual, así como también los decretos-leyes. Entre las técnicas utilizadas para otorgar al Gobierno atribuciones legislativas pueden mencionarse entre otras: la autorización pura y simple al ejecutivo para derogar leyes mediante decretos provisionalmente aplicables; la autorización para dictar medidas de carácter legislativo en ausencia de una actuación parlamentaria dentro de un plazo determinado, etcétera (25).

El régimen de la V República ha constitucionalizado el decreto-ley (artículo 38) y unos poderes excepcionales en favor del Presidente como jefe del ejecutivo (artículo 16), estableciendo a su vez un criterio de distribución de competencias normativas a partir de una noción de ley no exclusivamente formal. Ley y reglamento son, cada uno en su ámbito, normas primarias.

En este sentido, y haciendo una sintética recapitulación del constitucionalismo francés hay que concluir, como ha afirmado PÉREZ ROYO, con la constatación de que el constituyente de 1958 ha recogido una experiencia práctica sobre normas parlamentarias

---

(25) PÉREZ ROYO, *art. cit.*, págs. 100-101.

y gubernamentales que no se diferencia en exceso de la existencia desde las últimas décadas de la III República (26).

La evolución seguida por la República Federal de Alemania en el ámbito de la distribución normativa y de la legislación de excepción, en teoría, difiere considerablemente del caso francés. La ley Fundamental de Bonn ha establecido un sistema por el que a la ley le está reservado todo, quedando el reglamento como norma subordinada. No obstante, su artículo 80 permite la posibilidad de habilitar por ley al Gobierno federal, a un ministro o al Gobierno de los Länders, la potestad de dictar *reglamentos jurídicos*, de acuerdo con unos límites materiales y funcionales previstos en la norma habilitadora; y la experiencia demuestra que el número de estos reglamentos ha sido superior al de leyes (27). Asimismo, el artículo 81 configura la institución del estado de necesidad legislativa que en determinados supuestos faculta al Gobierno a llevar adelante proyectos legislativos al margen del *Bundestag* y otorga al Presidente de la República poderes ejecutivos excepcionales.

El reconocimiento del decreto-ley por la constitución italiana y de instituciones semejantes en Austria, Portugal, Grecia o Francia ha supuesto la culminación de un proceso de racionalización del poder político que procede de lejos y en el que el Gobierno rara vez ha perdido la potestad de producir normas con fuerza de ley. En este sentido, la excepcionalidad con la que se plantea el uso del decreto-ley significa en realidad la sistematización jurídica de una normalidad que, de hecho, venía produciéndose desde hace largo tiempo. Es decir, si bien es constatable que el decreto-ley ha surgido vinculado esencialmente a formas de excepción constitucional destinadas al mantenimiento y defensa del sistema político desde el ejecutivo, la posterior evolución y práctica más reciente lo han convertido en un mecanismo cuasi-habitual de legislación gubernamental.

En un reciente estudio, el profesor PÉREZ ROYO ha expresado de forma contundente la posición real de las instituciones del Estado con referencia a la actividad normativa: «el Gobierno legisla, porque para eso tiene que aplicar un programa. El Parlamento con-

---

(26) *Ibidem*, pág. 110.

(27) *Ibidem*, págs. 119-120.

trola, porque justamente en él están representadas todas las fuerzas políticas y en ellas pueden hacerse valer los argumentos y programas alternativos de la oposición ante la opinión pública» (28).

La racionalización se ha expresado en una dirección netamente favorable al ejecutivo. Uno de los argumentos utilizados para justificar este resultado ha sido la necesaria e imprescindible eficacia en la toma de determinadas decisiones políticas que el Parlamento, por su propia naturaleza y funcionamiento no puede asumir; se puede apreciar, en este orden de cosas, que desde el fin de la Segunda Guerra Mundial los poderes de las asambleas han aumentado y su trabajo es mayor, pero su capacidad decisoria respecto del Gobierno es más reducida.

El profesor GARRORENA ha considerado la constitucionalización del decreto-ley más como un instrumento de defensa de la ley que de reforzamiento del ejecutivo en detrimento del Parlamento. Supone —afirma— una forma de descarga al sistema de las tensiones que ocasionaría la imposibilidad del legislativo de hacer frente con agilidad a situaciones de urgencia (29). Sin embargo, y aun valorando positivamente los controles parlamentarios para su ejercicio, el decreto-ley también ha servido para obviar al Parlamento, bien porque éste resultaba incómodo, bien porque sencillamente resultaba políticamente más operativo prescindir del procedimiento legislativo ordinario, imponiéndole unos hechos consumados de difícil derogación ulterior. En este sentido, la resolución de ciertas crisis en materia económica en Italia son un buen ejemplo. Igualmente, el decreto-ley también ha sido utilizado por gobiernos minoritarios o inestables que carecían de otros medios para imponer sus planteamientos y así satisfacer las presiones de su electorado. O cuando su promulgación ha obedecido no tanto a razones de urgencia como a supuestas opciones de política coyuntural accionadas por la presión de determinados actores políticos.

En definitiva, el decreto-ley, como cualquier otra norma jurídica o institución política está dotado de su propia autonomía, pero a su vez se articula —como afirma GARCÍA PELAYO— en un sistema más amplio integrado también, no se olvide, por las fuerzas polí-

---

(28) *Ibidem*, pág. 95.

(29) GARRORENA, *op. cit.*, pág. 119.



tico-sociales y los esquemas económicos y culturales (30). Y si bien es cierto que se plantea como una forma de aumentar la eficacia en la gestión de los gobiernos haciendo frente a las situaciones imprevistas, ello no puede ir en detrimento de la propia legitimidad de los actos del Estado. Como han reconocido WHEARE y CAMUS, la eficacia en el tratamiento y gestión de los asuntos públicos no puede poner en cuestión la esencia del sistema democrático. El uso abusivo, discrecional o arbitrario del decreto-ley, facilitado por un eventual apoyo parlamentario introduce elementos oligárquicos en el proceso de decisión política. Y si el Gobierno obvia al Parlamento, la legitimidad del propio sistema queda afectada (31).

## 1. LOS ANTECEDENTES DEL DECRETO-LEY EN ESPAÑA

La adopción del decreto-ley por la CE de 1978 es tributaria de la propia tradición jurídica y de la evolución de los sistemas jurídicos europeos a los que nos hemos remitido.

Unas breves referencias históricas al constitucionalismo español permiten constatar la doble influencia jacobina y germánica en el sistema de distribución de la potestad normativa, con indudable predominio en la práctica de la última. Prueba de ello es la abundancia de reglamentos independientes como fuente de legislación gubernamental, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

Es habitual citar como ejemplo de reglamento «contra legem» el dictado por BRAVO MURILLO el 27/2/1852 sobre contratos del Estado. En lo que propiamente concierne a la tradición del decreto-ley en España, se suele hacer referencia al artículo 20 del proyecto de Constitución del mismo BRAVO MURILLO, o también al uso frecuente que del mismo se hizo a partir de la revolución septembrina de 1868, especialmente durante el período del gobierno provisional y después de la abdicación de Amadeo de Saboya. En estos años,

---

(30) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1980, pág. 158 y sigs.

(31) Vid. K. C. WHEARE, «El ocaso del legislativo». In J. BLONDEL, M. DUVERGER y otros, *El Gobierno: estudios comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, págs. 221-226; CAMUS, *op. cit.*, pág. 44 y sigs.

a través de una ley de 17 de julio de 1876, se llegarían a homologar más de setenta decretos-leyes (32). Era un hecho, por tanto, la adopción del sistema inglés de ley de exoneración de responsabilidades para el Gobierno (*bill of indemnity*).

Otro ejemplo característico lo constituyen los decretos de 1898 y 1899 que derogaban la legislación vigente en materia arancelaria y sanitaria, respectivamente. Y por supuesto, el decreto de 15/9/1923 que convertía al decreto-ley en forma habitual de legislar, habilitando al Presidente del Directorio para proponer al Rey decretos con fuerza de ley. El proyecto constitucional de 1929 promovido por el general Primo de Rivera ratificaría este procedimiento.

La Constitución republicana de 1931 racionalizó el régimen jurídico de esta institución. Junto a la delegación legislativa al Gobierno (artículo 61), y las ordenanzas de necesidad atribuidas al Presidente de la República (artículo 76.d.), se otorgaba rango constitucional al decreto-ley como norma provisional, ejercitable únicamente cuando las Cortes no estuviesen reunidas y atribuyendo un control previo a la Diputación Permanente del Congreso.

Durante el régimen franquista el uso abusivo del decreto-ley fue uno de sus rasgos característicos, ello propiciado tanto por un notable relajamiento en la apreciación del presupuesto de hecho habilitante como en la ausencia de límites materiales y control parlamentario sobre el mismo. En realidad, se trataba de una forma de legislación paralela.

Con estos antecedentes, los constituyentes se enfrentaban ante el reto de otorgar el máximo rango jurídico a la potestad del Gobierno para legislar por vía de urgencia. La experiencia anterior era notablemente negativa, sin embargo, de los debates parlamentarios no es apreciable ni una discusión prolongada ni tampoco profunda, sino más bien, un acuerdo general en cuanto a su aceptación. Eso sí, sometido en principio a estrictos límites materiales y a un posterior control parlamentario.

En qué medida se han cumplido las prescripciones constitucionales y, asimismo, de qué modo la excepcionalidad de esta fuente

---

(32) IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del Decreto-ley», *RAP*, núm. 106, enero-abril 1985, pág. 99 y sigs.

de derecho ha sido o no efectiva, son los aspectos más relevantes que presiden la reflexión que sigue sobre los elementos esenciales de la estructura normativa del decreto-ley en la actual CE. Tres son los puntos sobre los que incidiremos: a) La naturaleza del decreto-ley y la cuestión del presupuesto de hecho habilitante. b) Los límites materiales para su ejercicio, y c) Los mecanismos de control parlamentario.

## 2. LA NATURALEZA DEL DECRETO-LEY Y LA CUESTIÓN DEL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE

El decreto-ley puede ser definido como una norma con rango de ley emanada, por vía de excepción, de un órgano —el Consejo de Ministros— que carece del poder legislativo. Se trata, por tanto, de una excepción al monopolio legislativo del Parlamento (33).

Si nos remitimos al enunciado del artículo 86.1 de la CE, habrá que destacar una serie de precisiones previas. En primer lugar, no se trata de una situación fáctica la que viene a legitimar la Constitución; dicho de otro modo, no es una inicial actuación ilegal del Gobierno que pueda quedar exonerada por un acto parlamentario posterior, como ha defendido una parte de la doctrina italiana (EXPÓSITO y SORRENTINO, entre otros). Es, por el contrario, la propia Constitución la que confiere al Consejo de Ministros la potestad circunstancial para dictar normas con rango de ley (DI CIULO, PALADÍN y SALAS) (34). El hecho de que la potestad legislativa resida en las Cortes no impide que el Gobierno pueda quedar constitucionalmente habilitado.

Una segunda cuestión hace referencia al carácter superfluo de la locución provisional («En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes...»). Como ha sido reconocido por la doctrina, PÉREZ ROYO y SALAS entre otros, y avalado por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional

---

(33) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1980, pág. 140.

(34) J. SALAS, *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, pág. 34 y sigs.

(TC) —STC 111/83 de 2/XII—, la provisionalidad sólo afecta a la forma a través de la que se plasma y ello hasta que no se produzca la convalidación parlamentaria, pero nunca al contenido, que surte efectos jurídicos desde su publicación en el «BOE». En este sentido, es preciso subrayar que por su propia naturaleza, las relaciones jurídicas producidas por un decreto-ley no tienen vocación de perpetuidad sino que más bien su proyección tiende a ser temporal (MENDOZA OLIVÁN); es el titular de la potestad legislativa quien les otorga permanencia a través de la convalidación o de la conversión en ley (35).

Un tercer aspecto se refiere a la legitimación para dictar decretos-leyes. En principio, tal potestad corresponde al Gobierno reunido, como establece la práctica constitucional, en Consejo de Ministros. En consecuencia, no será válido un decreto-ley dictado por el Presidente bien unilateralmente o con autorización del Consejo; ni tampoco lo serán aquellos otros que sean aprobados por un número selectivo de ministros o por las Comisiones Delegadas del Gobierno. Ahora bien, dada la reserva que afecta a las reuniones del Consejo de Ministros se hace difícil verificar la corrección de esta decisión.

Cabe preguntarse si también los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas (CCAA) pueden dictar decretos-leyes. La posición de la doctrina no es unívoca en este aspecto. El artículo 86 sólo se refiere al Gobierno del Estado, y los diferentes Estatutos de Autonomía no contemplan esta posibilidad. Incluso, la Comisión Constitucional del Congreso la suprimió durante la fase de elaboración de los proyectos de Estatuto de Cataluña y Asturias. Sin embargo, como ha señalado SALAS, la CE no ha atribuido de forma exclusiva la potestad legislativa regional o las asambleas legislativas de las CCAA y del contenido del artículo 161.1 de la CE no se deduce una exclusión de esta posibilidad normativa (36). El caso es, sin embargo, que ningún Estatuto la ha previsto —lo cual hubiese sido lo correcto— y solamente es en el País Vasco donde se ha establecido, de forma ciertamente irregular, la atribución para que el

(35) V. MENDOZA OLIVÁN, «Tipología de las leyes en la Constitución». En *Las fuentes del Derecho* (Vol. I). I.E.F. Madrid, 1979, pág. 101; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 101; SALAS, *op. cit.*, pág. 42.

(36) SALAS, *op. cit.*, pág. 135.

ejecutivo dicte normas con rango de ley por razones de urgencia. Ello, a partir de una disposición del Reglamento parlamentario que ha facilitado la aprobación de una ley de plenos poderes (8/9/1983) justificada por los efectos de las inundaciones producidas en dicha Comunidad Autónoma y que legitimaría la aprobación posterior de cinco decretos-leyes. Tal supuesto ha resucitado el estado de necesidad como fuente de derecho (37).

La valoración y justificación que el Gobierno haga del presupuesto de hecho habilitante constituye uno de los aspectos esenciales que en la actualidad plantea el ejercicio de esta potestad normativa y ello incide sobre la posición del ejecutivo en el conjunto de las instituciones.

El artículo 86.1 se refiere a una situación de extraordinaria y urgente necesidad como primera premisa para dictar un decreto-ley. Como ha subrayado GARCÍA DE ENTERRÍA, un supuesto de extraordinaria necesidad ha de ser inusual, imprevisible y no susceptible de resolución por otros procedimientos, incluido el de urgencia legislativa previsto en los reglamentos parlamentarios. La extraordinariedad y la urgencia no son términos sinónimos; el primero se refiere a la valoración cualitativa de la necesidad, mientras que el segundo alude directamente a los aspectos temporales. Pero ambos se compatibilizan hasta el punto de provocar las circunstancias imprevistas que operan como causa de una inoportuna y forzada inacción gubernamental, bien por un vacío normativo o por causa de una legislación obsoleta (38).

Estamos, pues, ante conceptos jurídicos indeterminados que el Gobierno ha de probar para justificar la excepcionalidad de la norma que dicta. En consecuencia, se excluye toda apreciación discrecional de los mismos que pueda comportar la existencia de márgenes de actuación gubernamental no sujetos a control. No se trata, en fin, de meros predicados políticos y, por tanto, el control jurídico de su aplicación no puede ser obviado, a pesar de la dificultad

---

(37) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *art. cit.*, págs. 126-128.

(38) P. CRUZ VILLALÓN, «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)». In *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*. Diputación de Barcelona, 1985, págs. 146-147; GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 141-142.

que ofrece en este sentido la existencia cada vez más relevante de un parlamentarismo mayoritario poco propicio a entorpecer ciertos planteamientos del ejecutivo.

No obstante, el criterio adoptado al respecto por el TC refuerza la posición del Gobierno, decantándose en favor de una mayor autonomía del mismo respecto a su capacidad de acción en este ámbito. Así, en la primera sentencia que el alto tribunal dictó sobre el decreto-ley (STC 29/1982 de 31 de mayo) se reconocía explícitamente que: «(...) en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideración de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por la vía del decreto-ley». Lo cual significaba una notable capacidad de autolimitación en la propia jurisdicción.

La jurisprudencia posterior ha confirmado esta primera interpretación del significado jurídico del presupuesto de hecho habilitante e, incluso, ha introducido nuevos elementos desnaturalizadores del contenido del instituto. Véase, sino, la distinción consagrada por la STC 6/83 de 4 de febrero entre *necesidad absoluta* y *necesidad relativa*. La primera es identificada con las situaciones de crisis del sistema político previstas en el artículo 116 CE, mientras que la segunda es aquella necesidad que «se plantea —dice el TC— para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual». Este es el sentido del artículo 86 (39).

Esta diferenciación o gradación de necesidades, justificada por el TC en criterios de sistemática constitucional, relativiza la primigenia excepcionalidad de la acción del Gobierno para sustituir a las Cortes en la producción de normas con rango de ley. Por ello, no hay dificultad en asumir la posición de CRUZ VILLALÓN cuando sostiene que «es difícil encontrar argumentos para rebajar el grado de necesidad del artículo 86, necesidad que de forma reiterativa aparece reforzada por los caracteres de lo extraordinario y urgente» (40), por tanto, no resulta descabellado intuir una cotidianización de las necesidades urgentes y, consecuentemente, un reforzamiento de la posición del ejecutivo.

---

(39) Vid. CRUZ VILLALÓN, *art. cit.*, pág. 147.

(40) *Ibidem*, pág. 148.

Cuestión vinculada con lo hasta ahora tratado es la referida a la imprescindible adecuación de sentido —en expresión utilizada por el propio TC— entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y el contenido del decreto-ley (así lo reflejan las STC: 29/1982; 6/1983 y 111/1983).

La valoración del presupuesto de hecho habilitante ha de suponer no sólo la apreciación de las circunstancias que lo generan, sino también de las medidas adoptadas a fin de que se adecúen a las necesidades que se hayan planteado. Esta es la conexión de sentido definida por el TC, y a ello hay que añadir que en caso de recurso contra un decreto-ley, la carga de la prueba no siempre ni en toda circunstancia debe encomendarse al recurrente. Tal exigencia obliga a que sean motivados por el Gobierno sin perjuicio de que posteriormente, en fase parlamentaria, se facilite a la Cámara todo tipo de informes complementarios sobre la medida tomada. Sin embargo, la práctica demuestra que la motivación no es una regla general. Asimismo, el TC, de acuerdo con la doctrina antes expuesta no entra a considerar los argumentos aducidos por el Gobierno en cuestiones fácticas, circunscribiendo su actuación a un restrictivo juicio de legitimidad y prescindiendo, en este sentido, de aplicar criterios de jurisprudencia empírica que en estos supuestos podrían ser de gran utilidad.

Desde el análisis de este primer punto, la concepción del decreto-ley que se deduce de la interpretación constitucional y de la práctica desarrollada, dista bastante de lo esencial de su naturaleza. Entre 1979 y 1986 se han dictado un total de 114 decretos-leyes, correspondiendo 77 al período de la UCD y 37 a los cuatro años transcurridos de gobierno del PSOE. El año 1982 fue el más prolífico, con nada menos que 26 —correspondiendo los seis últimos al Gobierno presidido por Felipe González—, repartiéndose los restantes de la forma que sigue: 22 en 1979; 16 en 1980; 19 en 1981; nueve en 1983; 15 en 1984, solamente cinco en 1985 y dos en 1986. La media general ofrece una cifra de casi un decreto-ley por cada quince días, lo cual no deja de ser coherente con su cada vez menor excepcionalidad.

Al margen de esta inflación numérica el uso del decreto-ley ha generado otro tipo de prácticas abusivas. Por ejemplo, ha sido

frecuente hasta ahora dejar transcurrir importantes intervalos de tiempo entre la aprobación y su publicación en el «BOE» (recuérdense los casos del D-L 7/1979 de 20/2, publicado el 21 de marzo; o el D-L 7/1980 de 29/8, publicado el 24 de septiembre, entre una amplia lista). Ello ha vulnerado el sentido del presupuesto de hecho habilitante, desnaturalizando la institución y otorgando al Gobierno un desorbitado ámbito de maniobra.

En el mismo sentido, se han producido, como señala ASTARLOA, supuestos en los que al no mencionarse la fecha de entrada en vigor ha operado *la vacatio legis*. Y no puede dejar de resaltarse el caso escandaloso del D-L 14/1981 de 20 de agosto, que aplazó su entrada en vigor dos meses después de su publicación, fecha en la que el Gobierno tenía que dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo (41).

La ausencia de adecuación rigurosa entre las medidas adoptadas y los supuestos de hecho es apreciable con mayor intensidad en aquellos casos en los que el objeto del decreto-ley reviste una gran amplitud. Se trata, concretamente, de los llamados decretos- «omnibus» (dictados en materia tales como la reconversión industrial o la reforma de la Administración), que al contener un gran número de medidas de naturaleza diversa, muchas de ellas difícilmente encajan con el fundamento originario, incluso haciendo uso de la técnica de las materias conexas, tan habitual cuando se trata de leyes orgánicas (42).

A modo de conclusión sobre este primer apartado cabe resaltar que la utilización abusiva e incorrecta del decreto-ley ha venido objetivamente favorecida por la generosa interpretación que el TC ha hecho de esta institución jurídica. No es momento de precisar aquí si ésta ha sido la causa principal o si, por el contrario, el alto tribunal se ha visto forzado a ello por la instrumentalización que los gobiernos sucesivos han llevado a cabo. Lo cierto es que el ejecutivo ha resultado objetivamente beneficiado: 1.º) al otorgársele discrecionalidad en la apreciación del presupuesto de hecho habilitante; 2.º) al circunscribir las medidas realmente excepcionales a

---

(41) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *art. cit.*, pág. 121; PÉREZ ROYO, *art. cit.*, pág. 130 y sigs.

(42) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *art. cit.*, pág. 122.



los supuestos del artículo 116 de la CE, y 3.º) al consolidar la estricta división entre control político (ejercido por el Congreso) y control jurídico (ejercido por el TC) de forma tal que este último autolimita su función.

En resumen, parece confirmarse la impresión de que los diferentes gobiernos han sustituido, en frecuentes ocasiones, la imprevisión y gravedad por la conveniencia y la urgencia por la propia comodidad, sin que para que tal cambio haya sido excesivamente relevante gozar o no de una mayoría parlamentaria.

### 3. LOS LÍMITES MATERIALES

El establecimiento de límites materiales al decreto-ley no es frecuente en Derecho Comparado. El precedente más inmediato lo constituye sin duda la Constitución austriaca (artículo 18) y también la portuguesa (artículo 201), aunque ésta en menor medida. En este aspecto concreto el texto español se aleja del modelo italiano que, al igual que las Constituciones de Dinamarca y Grecia no han previsto límites específicos. Ello obedece sin duda a la voluntad restrictiva del constituyente respecto al ámbito material de aplicación reservado a esta institución.

El texto del artículo 86.1 establece que el decreto-ley «no podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las CCAA, ni al derecho electoral general».

El contenido de esta cláusula limitadora ha sido objeto de viva polémica en los ámbitos más diversos. Doctrinalmente, hay sectores que en función de una interpretación sistemática del texto constitucional han llegado a la conclusión de que la reserva del artículo 86.1 se identifica con las materias que están vedadas a la delegación legislativa, es decir, aquellas que en virtud del artículo 81 son objeto de ley orgánica (43). Sin embargo, de la propia literalidad del texto constitucional se deduce un ámbito más restringido para el decreto-ley. Analicemos con mayor detenimiento el tema.

---

(43) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 142-143.

a) En relación a lo que debe entenderse por instituciones básicas del Estado, la doctrina coincide en afirmar que se trata de todas aquellas que son reguladas por ley orgánica o ley ordinaria, excluyéndose a las instituciones autonómicas no porque no lo sean sino porque una reserva especial a su favor es también contemplada por el artículo 86.1.

b) A iguales conclusiones se ha llegado en lo que se refiere al derecho electoral general que engloba tanto a las elecciones legislativas como a las locales, incluyéndose a las autonómicas en el grupo referido al régimen de las CCAA.

c) El tema que ha ofrecido mayores problemas de interpretación lo constituyen los derechos, deberes y libertades reconocidos en el Título I. La doctrina ha adoptado aquí posiciones netamente diferenciadas. En un extremo encontramos el criterio restrictivo sostenido por SALAS y seguido con matices por GARRIDO FALLA, ALZAGA y TROCÓNIZ, entre otros; para este grupo de autores, los decretos-leyes no pueden ni regular ni afectar materias contenidas en el Título I de la CE, excepción hecha —y según los casos— del Capítulo III, donde para ellos no se contemplan auténticos derechos (44). SALAS precisa su posición excluyendo tanto una ordenación frontal como una regulación incidental de estas materias mediante decreto-ley. Pero un planteamiento de estas dimensiones cuestiona, a mi juicio, la operatividad de la institución jurídica que comentamos, ya que como ha afirmado GARCÍA DE ENTERRÍA, el carácter expansivo de los derechos y libertades hace muy difícil que en cualquier momento no puedan llegar a ser afectados. No obstante, la interpretación sistemática que propone dicho autor resulta forzada ya que el contenido de los artículos 81.1 y 86.1 no es el mismo (45).

El TC ha resuelto en parte el problema planteado estableciendo, como ha afirmado CRUZ VILLALÓN (46), una interpretación restric-

---

(44) FERNANDO GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 1245; FERNANDO F. TROCÓNIZ MARCOS, «Los Decretos-Leyes en la Constitución», in *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. vol. II, I.E.F., Madrid, 1979, pág. 894; OSCAR ALZAGA, *La Constitución española de 1978*. Ed. del Foro, Madrid, 1978, pág. 558; SALAS, *op. cit.*, pág. 53 y sigs.

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 143.

(46) CRUZ VILLALÓN, *art. cit.*, pág. 151.

tiva de la cláusula restrictiva del citado artículo 86.1. De acuerdo con la misma, el verbo afectar ha de entenderse como incidencia en el estatuto jurídico de los derechos, deberes y libertades. Dos sentencias se pronuncian al respecto y, especialmente la de 2/XII/1983, que en su Fto. Jco. núm. 8 establece que dicha cláusula «debe ser entendida de modo que ni reduzca a la nada el decreto-ley ni permita que por decreto-ley se regule el régimen de los derechos y libertades del Tít. I». Esta solución intermedia parece la más adecuada, habida cuenta las insuficiencias que en este aspecto presenta el texto constitucional, pero no asegura tampoco que el contenido esencial de los derechos y libertades pueda quedar afectado.

Una cuestión más específica, pero a su vez vinculada al ámbito de derechos y deberes del ciudadano es la referida a la posibilidad de dictar decretos-leyes en materia tributaria. La importancia de que el ejecutivo pueda operar también en este sector es indudable. Existe en este sentido una primera posición doctrinal, de corte clásico, que en virtud del principio de legalidad, niega esta potestad al Gobierno añadiendo que el deber de tributar (artículo 31) se contempla en el Tít. I de la CE por lo que tal hipótesis ha de quedar excluida. En sentido opuesto, los partidarios de una interpretación sistemática se muestran favorables dado que el deber de tributar queda al margen de la reserva de ley orgánica.

Sobre esta misma cuestión resulta muy sugerente la posición adoptada por PÉREZ ROYO (FERNANDO) para quien el ámbito de exclusión del decreto-ley ha de quedar reducido a lo que podría denominarse el estatuto personal del ciudadano, pero no a materias como la tributaria que, desde luego, no pueden integrarse en este estatuto. En este sentido, el requisito de la intervención del Parlamento más que una garantía de carácter individual es una regla encaminada a garantizar el derecho de la colectividad a la discusión y debate de la política fiscal del Gobierno (47).

El TC se ha pronunciado sobre el tema adoptando un criterio más flexible, introducido a su vez por importantes sectores doctri-

---

(47) FERNANDO PÉREZ ROYO, «Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional». In *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, págs. 31-33. Véase también: RAMÓN FALCÓN TELLA, «El Decreto-Ley en materia tributaria». *REDC*, núm. 10, Madrid, 1984, págs. 183-213.

nales, inspirados en la teoría alemana al respecto. De acuerdo con ello, la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o *principios básicos* con arreglo a los cuales se ha de regir la materia, es decir —por ejemplo— la creación ex novo de un tributo y la determinación de sus elementos esenciales o configuradores. En consecuencia, el Gobierno no queda excluido de decretar en materia tributaria.

Más allá de la reserva material del artículo 86.1, implícitamente son también deducibles otras materias que quedan excluidas de la regulación por decreto-ley. Autores como SALAS o ASTARLOA las han concretado y entre las mismas podemos destacar las que requieren una concreta intervención de las Cortes (por ejemplo, la reforma constitucional, la ratificación de tratados internacionales, la aprobación de los presupuestos generales del Estado, etc.); o aquellas otras que su propia naturaleza lo impide (las delegaciones legislativas...) (48).

Pero ante toda esta sucesión de límites, ¿cuál ha sido la actitud de los diferentes gobiernos que se han sucedido desde la entrada en vigor de la CE? La inflación de decretos-leyes se ha visto completada por una muy laxa interpretación gubernamental de las propias competencias normativas. Interpretación que ha planteado dificultades para justificar con posterioridad el presupuesto de hecho habilitante y que ha invadido materias excluidas de regulación por decreto-ley. Veamos algunos ejemplos.

Durante el período de gobierno de la UCD entre otros cabría recordar, por ejemplo: 1) El decreto-ley 26/1/1979 sobre protección de la seguridad ciudadana, que configuraba nuevos tipos penales, suscitando por ello la oposición de socialistas y comunistas; 2) El decreto-ley de 23/XI/1979, sobre ampliación de competencias de la Audiencia Nacional y prórroga de la ley antiterrorista, que incorporaba al citado tribunal el conocimiento de nuevos delitos y regulaba el régimen de suspensión de derechos fundamentales de la persona; 3) Los Decretos-leyes de 19/9/1979 por los que se sometían a referéndum los proyectos de Estatuto de Autonomía del País Vasco y Cataluña, que como tales afectaban a una institución básica

---

(48) SALAS, *art. cit.*, pág. 62 y sigs.; ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *art. cit.*, pág. 133 y sigs.

del Estado como es el referéndum y también al régimen jurídico de las CCAA.

En lo que se refiere al Gobierno del PSOE, su actitud al respecto no presenta excesivas diferencias respecto de los anteriores. Recordemos asimismo algunos ejemplos: 1) El decreto-ley 7/XII/1982 por el que se introducían determinados cambios en la organización de la Administración central del Estado, que afectaba, en consecuencia, a una institución básica del Estado; 2). El decreto-ley de 29/XII/1982 sobre medidas presupuestarias, financieras y tributarias, que planteaba serias dudas de constitucionalidad al sustituir la competencia de las cámaras en materia presupuestaria, etc... (49).

#### 4. LOS MECANISMOS DE CONTROL PARLAMENTARIO

Teóricamente, el artículo 86, en sus párrafos 2 y 3 ha establecido un férreo sistema de control parlamentario. De forma alternativa, el Congreso de los Diputados puede optar entre convalidar o derogar la norma surgida, o bien tramitar el decreto-ley como proyecto de ley por el procesamiento de urgencia. Pero la imposibilidad de dar cumplimiento a esta segunda opción, dado lo breve del plazo establecido —aspecto sobre el que la doctrina es coincidente— y la propia práctica apoyada por el Reglamento del Congreso (artículo 151), han convertido este control en un proceso de carácter sucesivo. Es decir, la tramitación como proyecto de ley ha de venir necesariamente precedida de la previa convalidación parlamentaria decidida en una votación de totalidad por el Congreso.

El control parlamentario del decreto-ley no equivale a una ley posterior de exoneración de responsabilidades para el ejecutivo. Por el contrario, el Gobierno actúa desde el primer momento habilitado por la Constitución para producir normas con rango de ley y corresponde al Parlamento verificar el uso adecuado de las mismas. Su contenido es doble: de un lado, presenta una vertiente obligatoria que radica en la determinación de la concurrencia de las circunstancias habilitantes, y de otro ofrece la opción de la tramitación como proyecto de ley.

---

(49) JAVIER PÉREZ ROYO, *art. cit.*, pág. 135-136.

En todo caso, estamos ante un control de oportunidad sobre la que el Congreso se pronuncia sustituyendo —en el supuesto de la convalidación— a la voluntad inicial del Ejecutivo. Lo cual no obsta, evidentemente, para que la Cámara baja entre también a valorar aspectos referidos a la legitimidad jurídica del acto gubernamental.

El control jurisdiccional corresponde en exclusiva al TC que habrá de pronunciarse sobre los vicios de legitimidad, las cuestiones de incompetencia, los defectos de procedimiento y las extralimitaciones materiales. Sin embargo, ya se ha señalado con anterioridad que la jurisprudencia al respecto peca de restrictiva en relación a las propias posibilidades del Tribunal. Como ha constatado CRUZ VILLALÓN, sólo se admite un control de carácter residual sobre el presupuesto de hecho habilitante cuando pueda apreciarse un uso arbitrario del decreto-ley, lo cual favorece la posición del Gobierno y vulnera la naturaleza del instituto (50).

a) *La convalidación* es el primer acto de control que se le ofrece a las Cortes y concretamente al Congreso de los Diputados, ya que el Senado queda excluido.

La locución empleada parece sugerir un valor terapéutico o de sanación de vicios al acto parlamentario, lo que resulta del todo improcedente ya que aquí no se produce una eventualidad que pueda sugerir la corrección de vicios de nulidad relativa o anulabilidad. El acto parlamentario de la convalidación carece de este sentido, por lo que quizás hubiese sido más adecuado emplear el término homologación u otro similar.

La convalidación ha de ser un acto expreso; en caso de silencio éste ha de tener siempre efectos negativos. Por otra parte, la convalidación supone un debate de totalidad sobre el que la Cámara se ve compelida a pronunciarse —como si de un contrato de adhesión se tratase— y sin posibilidad de introducir enmiendas. De hecho, el Gobierno la sitúa en una posición extrema en la que sólo cabe avalar o rechazar de plano la acción del ejecutivo. Por esta razón y habida cuenta de la naturaleza esencialmente excepcional del decreto-ley, un uso arbitrario del mismo incide negativamente en

---

(50) Vid. CRUZ VILLALÓN, *art. cit.*, pág. 158.

el funcionamiento democrático de las instituciones y puede, en consecuencia, plantear problemas de legitimidad política a la decisión acordada

La doctrina discrepa en cuanto a la naturaleza jurídica de la norma resultante de la convalidación. Así, por ejemplo, se sostiene que el acto que sucede a la homologación parlamentaria es una ley (51). Respecto a ello es preciso resaltar que la ausencia de un mínimo procedimiento legislativo y la no intervención del Senado, impiden una solución tan concluyente. Entiendo, por el contrario, que la convalidación no varía la naturaleza del decreto-ley; éste, como dice MANZELLA (52), no pierde su identidad. Los efectos del acto parlamentario son otros: en primer lugar, opera como condición resolutoria que suprime la provisionalidad formal que inicialmente le afectaba, y en segundo lugar, lo integra plenamente en el ordenamiento jurídico, con independencia de la eventual temporalidad que del contenido del decreto-ley se pueda deducir. Así lo ha entendido también, la sentencia del TC 29/1982 de 31 de mayo.

b) *La derogación* es la otra vertiente que ofrece la primera opción de control parlamentario. En principio y al igual que la convalidación ha de manifestarse de forma expresa, pero si no se produce un pronunciamiento en este sentido en los treinta días preceptivos, los efectos no pueden ser otros que la caducidad del decreto-ley. Caducidad que a juicio de SALAS también se produce si el acuerdo del Congreso no es publicado en el «BOE» durante dicho plazo (53).

Por otra parte, y en función de la provisionalidad formal que afecta al decreto-ley antes del trámite de la convalidación, los efectos de la norma gubernamental respecto a la legislación anterior son suspensivos. Por tanto, en el supuesto de que sea derogado —hipótesis que sólo en una ocasión se ha producido (D-1 1/1979 sobre Juntas de Acuartelamiento)— se produce una reviviscencia de la normativa suspendida.

---

(51) SALAS, *op. cit.*, pág. 93 y sigs.

(52) ANDREA MANZELLA, «Las Cortes en el sistema constitucional español». In: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI, *La Constitución española de 1978 (Estudio sistemático)*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 506.

(53) SALAS, *op. cit.*, pág. 100.

Pero donde la doctrina muestra un mayor desacuerdo es con relación a los efectos del acto de derogación parlamentaria de un decreto-ley. A mi juicio, negar efectos *ex tunc* sobre la disposición del Gobierno supone primar la posición de este último en la medida en que con ello queda exenta del control parlamentario una parcela de su actividad. Y si el Congreso se ha pronunciado en contra, está claro que el decreto-ley nunca debió de existir. Consecuentemente, sus efectos son nulos de pleno derecho y los poderes públicos han de responder, en su caso, de las consecuencias negativas que se hayan podido derivar. En este sentido es razonable la posición de SALAS cuando señala que en este supuesto no estamos ante un acto firme y, por tanto, la resolución parlamentaria que lo deroga no puede ser considerada como una disposición restrictiva de derechos aplicada retroactivamente.

Otra cuestión de importancia no desdeñable es la referida a la posible inconstitucionalidad de un decreto-ley por inadecuación sobrevenida respecto del presupuesto de hecho habilitante. El planteamiento ha sido formulado por el propio TC en su sentencia 6/1983 de 4/11; en virtud del mismo, una disposición del Gobierno perfectamente legítima en el momento de su nacimiento puede devenir nula por una sobrevenida falta de adecuación. Entiendo que esta solución es disfuncional ya que la situación de excepción sólo puede ser exigible en el momento de dictarse la norma, sin que la permanencia de aquella opere como presupuesto constante de la validez de ésta. En consecuencia, y como ha mantenido CRUZ VILLALÓN, si no es presupuesto sucesivo de validez de la norma tampoco puede exigirse a ésta que mantenga una relación de adecuación constante con una situación de emergencia (54).

c) *La tramitación como proyecto de ley*, es la segunda opción que constitucionalmente se le plantea al Congreso, pero que su reglamento y la práctica habitual han reconvertido en procedimiento sucesivo cuya consecuencia más evidente ha sido la relajación del control parlamentario.

Teóricamente, la tramitación como proyecto de ley supone la posibilidad de introducir enmiendas —que en ningún caso pueden ser de devolución— a fin de corregir las deficiencias del texto

---

(54) CRUZ VILLALÓN, *art. cit.*, pág. 150.



gubernamental. Pero lo que nunca podrá hacer el ejecutivo es legitimar un decreto-ley viciado de origen.

El control sucesivo relaja considerablemente sus propios efectos y, sobre todo, imposibilita la introducción de variaciones inmediatas. Dado que con la convalidación, el Congreso se ve constreñido a escoger entre el todo o nada, la tramitación parlamentaria posterior sitúa al Gobierno en una posición más cómoda. En este sentido, el modelo ofrecido por el artículo 77 de la Constitución italiana—abstracción hecha de su aplicación práctica— posiblemente hubiese sido más operativo, ya que en este caso el «ser o no ser» de toda la actuación normativa iniciada con el decreto-ley queda subordinado a la posterior ley de conversión.

Esta preeminencia del ejecutivo se acentúa tras la posición mantenida por el TC en la polémica sentencia 111/1983 de 2/XII. La misma establece, en principio, que la ley de sustitución no sana con carácter retroactivo los vicios del decreto-ley y, por tanto, las situaciones jurídicas nacidas de una norma ilegítima han de admitir el juicio del Tribunal. Sin embargo, sentado lo anterior, la jurisdicción constitucional no lleva sus conclusiones hasta las últimas consecuencias ya que otorga una cierta eficacia sanatoria a la ley de sustitución, a la que permite —Fto. Jco. 2.º— «efectos retroactivos inherentes a su objeto». De esta manera, la citada ley opera como paraguas ante todo juicio de legitimidad que se pueda plantear sobre el decreto-ley, confundiendo dos normas distintas que deberían tener una existencia diferenciada.

Por último, cabe reseñar también el papel que las Diputaciones Permanentes de las Cámaras ejercen en este ámbito. En este sentido, y de acuerdo con el artículo 78.2 de la CE sus funciones se han de limitar a la convalidación o derogación del decreto-ley y, en consecuencia, no se les puede reconocer competencia para la tramitación como proyecto de ley, cosa que, por otra parte, ha hecho el citado artículo 151 del Reglamento del Congreso. Ello ha supuesto que las Diputaciones sustituyen a las Cámaras al asumir poderes que no les corresponden y con la ausencia, además, de un mínimo procedimiento parlamentario (55). El resultado es, nue-

---

(55) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el Decreto-Ley» *RDP (UNED)*, núm. 15, Madrid, 1982, págs. 35-55.

vamente, otorgar al Gobierno un instrumento más que facilite su potestad para legislar por la vía de urgencia.

Estos son, en fin, algunos de los aspectos más relevantes que afectan a la institución del decreto-ley en la CE. Evidentemente, no se han abordado todos ellos sino que se ha procurado incidir en aquellos que pueden justificar la tesis de este trabajo: la constante y progresiva utilización de una norma del Gobierno concebida en su origen con un exclusivo carácter excepcional.

MANZELLA sostiene que «(...) la marcha del sistema político, la profundidad y el cambio de la gran crisis, confirman hoy en día que si no hubiese en la Constitución un instrumento de legislación de urgencia (...) habría que inventarlo rápidamente» (56). Asumir esta aseveración, fundamentada entre otras razones en la necesaria racionalidad del funcionamiento de las instituciones, no puede comportar un aval respecto de actitudes políticas de órganos ejecutivos que ponen en cuestión la propia legitimidad democrática del Estado. Con ello no se trata tampoco de reivindicar ingenuamente la centralidad del parlamento o de denostar por sistema al decreto-ley. La cuestión esencial se centra en instrumentar la exigencia de que el control parlamentario sobre la actividad del Gobierno sea efectivo. En este sentido el cumplimiento de las previsiones constitucionales es ya una primera garantía para ello y para preservar la integridad del Estado democrático.

---

(56) A. MANZELLA, *Il controlli parlamentari*, Milán, 1970.