

EL CONTROL DE LOS DECRETOS-LEYES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A PROPOSITO DE LA SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1983 RECAIDA EN EL CASO RUMASA

SUMARIO: I. LA TRAMITACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES COMO PROYECTOS DE LEY: LA LEY DE CONVERSIÓN: 1. *Breve estudio de los apartados 2 y 3 del artículo 86, CE.* 2. *La posición del TC sobre la vía del artículo 86, 3, CE.* 3. *Consideraciones críticas.* II. LA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD» COMO PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE: 1. *La formulación del presupuesto de hecho como concepto jurídico indeterminado.* 2. *«Necesidad absoluta» y «necesidad relativa».* 3. *La valoración del presupuesto de hecho.*—III. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE AFECTAR A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN: 1. *Las tesis de la Sentencia y el voto particular.* 2. *Los decretos-leyes no pueden regular los derechos y libertades del Título I.* 3. *El contenido esencial de los derechos.* 4. *La expresión «no podrán afectar» del artículo 86, 1.* 5. *Conclusiones.*

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC), 111/1983 de 2 de diciembre («B.O.E.» de 14 de diciembre), interesante por muchos conceptos, ofrece especialmente a los estudiosos del Derecho público una nueva oportunidad de examinar algunos de los más importantes aspectos de la problemática que suscita el control de los decretos-leyes ante la justicia constitucional. He aquí, pues, el principal objeto de este comentario, en el que se intentará poner de relieve, con brevedad, el alcance de la novedosa y polémica doctrina del Alto Tribunal en esta materia.

Debe recordarse que la decisión a la que se alude recayó en el recurso de inconstitucionalidad 116/83, promovido contra el Real Decreto-ley 2/1983 de 23 de febrero, sobre expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los bancos y otras sociedades que componían el grupo RUMASA, S. A., que fue convalidado en el plazo señalado por la Constitución (CE) y, posteriormente, convertido en la Ley 7/1983 de 29 de junio. A la sentencia acompaña un extenso voto particular firmado por seis magistrados, esto es, la mitad de los miembros que componen el Tribunal.

Siguiendo el orden que se deriva de los fundamentos jurídicos, se hará referencia, en primer lugar, al alcance de la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley, para pasar al examen, en un momento pos-

terior, de las bases desde las que el TC contempla el presupuesto de hecho habilitante y finalizar con algunas reflexiones sobre el ámbito material vedado a tales instrumentos normativos, concretamente sobre la prohibición constitucional de afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE. Aquellas cuestiones que atañen directamente al estudio del instituto de la expropiación forzosa, al apartarse, en cierta medida, del título que se ha propuesto, no serán objeto de desarrollo en la exposición que ahora se inicia.

1. LA TRAMITACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES COMO PROYECTOS DE LEY: LA LEY DE CONVERSIÓN

La primera cuestión que se plantea en la sentencia de 2 de diciembre es si la conversión, con algunas modificaciones, del Decreto-ley 2/1983 en la Ley 7/1983 altera el contenido del proceso, lo que supone preguntarse si subsiste la impugnación de la disposición recurrida.

Pero antes de pasar a la argumentación del TC, parece oportuno detenerse en la intervención del Congreso de los Diputados para la fiscalización de los decretos-leyes; habrá que examinar, concretamente, los mecanismos de convalidación y conversión del art. 86 CE.

1. *Breve estudio de los apartados 2 y 3 del artículo 86 CE.*

Recuérdese que el texto constitucional supedita la continuidad de la vigencia de los decretos-leyes al cumplimiento del trámite de intervención parlamentaria que regulan los apartados 2 y 3 del art. 86 CE, dada su naturaleza de disposiciones *provisionales*, con fuerza de ley, emanadas del Gobierno. En cada uno de los mencionados apartados, se establece un procedimiento distinto de fiscalización por parte del poder legislativo. Así, en el segundo, se dispone que los decretos-leyes serán inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad en el Congreso (o en la Diputación Permanente del mismo, en los casos previstos en el art. 78,2 CE), el cual habrá de pronunciarse expresamente sobre su convalidación o derogación en el plazo de treinta días contados a partir de su entrada en vigor.

Por su parte, el apartado tercero posibilita una vía distinta, consistente en la tramitación del decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Sin embargo, la práctica parlamentaria, primero, y el actual Reglamento del Congreso, después, han transformado lo que *a priori* se configuraba como una alternativa procedimental, una simple opción del legislativo, en un procedimiento necesariamente sucesivo, en su caso, al acto de convalidación (1). No obstante, debe tenerse en cuenta que, de no modificarse la referencia contenida al respecto en los Reglamentos parlamen-

(1) Cfr. el artículo 151, 4, del Reglamento del Congreso. Este criterio goza de la aprobación del propio TC (S. de 31 de mayo de 1982, fundamento jco. segundo).

tarios (2), el recurso a la vía prevista en el art. 86,3 es, en la práctica, imposible, ya que el citado plazo de treinta días se revela obviamente insuficiente para la utilización del procedimiento legislativo de urgencia (3).

Si el pronunciamiento parlamentario es positivo, la Cámara baja, a través de su Presidencia, viene comunicando en el «B.O.E.» el acuerdo de convalidación, lo que no supone, en ningún caso, la adopción de una norma legislativa (4). El TC ha confirmado esta opinión al señalar, en su sentencia de 31 de mayo de 1982, que «no puede considerarse que el Decreto-ley se haya convertido en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación, sino únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno reconoce la Constitución», añadiendo seguidamente que «el Decreto-ley no se transforma en Ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica».

En el supuesto de una decisión contraria a la continuidad de la norma sometida a control, se produce la derogación de la misma, como también ocurre, a juicio de la doctrina, en caso de silencio del Congreso (transcurrido el plazo) o de un pronunciamiento extemporáneo por su parte (5).

Es evidente que en el art. 86 se presentan dos supuestos teóricos netamente diferenciados, dos procedimientos de intervención parlamentaria de consecuencias diferentes:

El acto convalidatorio, como se ha hecho notar anteriormente, no implica la existencia de dos normas y asume, por tanto, cualquier posible causa de inconstitucionalidad imputable al decreto-ley. Por otro lado, a una hipotética ley de conversión no se transmiten los vicios de que pueda ado-

(2) Cfr. los artículos 93, 94, 109 y ss. del Reglamento del Congreso, así como los correspondientes en el Reglamento del Senado. Obsérvese, asimismo, lo dispuesto en el artículo 90, 3, CE.

(3) La doctrina ha hecho hincapié en esta circunstancia: O. ALZAGA VILAAMIL: *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1979, p. 560; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1983, p. 166. J. JIMÉNEZ CAMPO: *Las Diputaciones Permanentes y el control sobre el Decreto-ley*, «RDP», 15 (1982), p. 43; J. SALAS: *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979, p. 108.

JIMÉNEZ CAMPO sostiene que el artículo 86, 3, no es un precepto superfluo: tiene normatividad propia en la medida en que puede ser considerado como vía alternativa, como opción y excepción a la regla general del artículo 86,2, de lo cual llega a deducir que el término «tramitar», utilizado en el artículo 86, 3, ha de interpretarse de un modo flexible, entendiéndose que en el plazo de treinta días es suficiente con que el Congreso «empiece» a convertir el Decreto-ley en proyecto de Ley (*op. cit.*, pp. 42 y ss.). No parece aceptable este criterio desde la consideración de que, si bien el artículo 86,3, permite, en efecto, ser tenido como vía opcional, nada parece justificar la forzada interpretación que propone este autor. En esta línea, J. SALAS: *op. cit.*, p. 107.

(4) J. SALAS sostenía la existencia de una «Ley de Conversión» convalidatoria del Decreto-ley (*op. cit.*, p. 95). Han variado su opinión al respecto, distanciándose de este autor, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 166.

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 167; E. LINDE PANIAGUA: *Ley y Reglamento en la Constitución*, en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, 1979, p. 267; J. SALAS: *op. cit.*, p. 100.

lecer el decreto-ley en cuestión (6), pues se trata de dos normas distintas e independientes, habida cuenta de la existencia de una previa resolución convalidatoria por parte del Congreso. Igual podrá decirse en el caso de un decreto-ley sustituido en el ordenamiento por una norma con fuerza de ley elaborada al margen del dispositivo establecido en el art. 86,3.

En consecuencia, cabe entender que ni en un caso ni en otro puede operarse una subsanación de los vicios o causas de inconstitucionalidad que tengan su origen en un decreto-ley. En la convalidación es obvio que la intervención parlamentaria deja inalterada la naturaleza jurídica de la disposición gubernamental, perpetuando cualquier posible irregularidad. En el supuesto del art. 86,3, al estar en presencia de una norma derogatoria del decreto-ley, distinta e independiente de éste, no parecen existir razones para sostener ningún tipo de conexión entre ambas en orden a una pretendida subsanación de tales vicios.

2. La posición del TC sobre la vía del art. 86,3 CE

Antes de iniciar el examen de los puntos más destacados de la fundamentación jurídica de la sentencia de 2 de diciembre, es preciso hacer una aclaración previa de carácter básico. El TC parte de la hipótesis de hallarse en el supuesto regulado en el apartado 3 del art. 86 de la Norma Fundamental, cuya aplicación —se dice— ha dado como resultado la promulgación de la Ley 7/1983, sustitutoria del decreto-ley impugnado.

Requisito de inexcusable cumplimiento para que pueda ser de aplicación el citado precepto es que el decreto-ley se tramite como proyecto de ley en el plazo de treinta días a contar desde su entrada en vigor (7). Pues bien, de la simple lectura de los *Diarios de Sesiones de las Cámaras*, se infiere que en el mencionado plazo se convalidó el Real Decreto-ley 2/1983 y se acordó su tramitación como proyecto de ley al amparo del art. 86,3. No obstante, el debate y aprobación de tal proyecto (al que, por lo demás, se incorporaron algunas modificaciones) tuvo lugar meses más tarde. Parece lógico afirmar, por tanto, que el resultado fue una simple derogación de una norma con rango de ley (un decreto-ley convalidado) por otra posterior del mismo rango (una ley formal del Parlamento) y no, como se supone en la sentencia, la aplicación del mecanismo legislativo disciplinado en el tercer apartado del art. 86 CE.

Hecha esta precisión, será oportuno proseguir ahora con los razonamientos puestos de manifiesto por el TC.

Se dice en la sentencia que existe una sustitución de la disposición recurrida por una ley con eficacia retroactiva. «*Se trata —puede leerse en el fundamento jurídico segundo— aquí, ciertamente, de un recurso directo y de un enjuiciamiento de un Decreto-ley, mas no del fenómeno general de la sustitución de una norma por otra mediante la fórmula derogatoria*

(6) J. SALAS: *op. cit.*, p. 133. Téngase en cuenta, no obstante, la nota núm. 4 de este trabajo.

(7) En este sentido, J. SALAS: *op. cit.*, pp. 107 y ss. En contra, J. JIMÉNEZ CAMPO: *op. cit.*, p. 43.

que tiene su reconocimiento general en el artículo 2.º,2 del Código Civil. El fenómeno es el singular del artículo 86,3: en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un Decreto-ley se culmina con una Ley que sustituye —con los efectos retroactivos inherentes a su objeto— al Decreto-ley.» Y se añade a continuación que «debe examinarse si la conversión del Decreto-ley en Ley priva de contenido al proceso o, en otra hipótesis, que es la que compartimos, reduce su ámbito litigioso».

Más adelante afirma el TC que «el iter legislativo del artículo 86,3... lleva a una Ley, en su propio sentido de acto imputable al legislativo, por la vía de un procedimiento que aun teniendo en su origen el Decreto-ley, no arrastra necesariamente la impugnación hecha valer contra éste», para concluir reconociendo que el Decreto-ley 2/1983 está «extinguido» y que existe una ley «destinada a reemplazarle» (fundamento jco. tercero).

Pese a la oscuridad del lenguaje utilizado a lo largo de estos razonamientos, que obliga al intérprete a descifrar, por así decirlo, el mensaje argumentativo que quiere transmitir la sentencia, se advierte, no obstante, en los fundamentos jurídicos segundo y tercero, que las premisas que van a fundamentar la respuesta del Alto Tribunal a la cuestión planteada inicialmente, esto es, si la conversión del Decreto-ley 2/1983 altera el contenido del proceso, pueden ser las siguientes: a) El decreto-ley en cuestión ha sido sustituido por una ley posterior con eficacia retroactiva. b) No hay derogación en sentido técnico, sino la extinción de los efectos de la disposición impugnada. c) La razón de ello radica en que el art. 86,3 arbitra un procedimiento legislativo *sui generis*, que se inicia con el decreto-ley para culminar con la ley que le sustituye en el ordenamiento. d) La utilización de tal procedimiento «reduce» el ámbito litigioso del proceso y no «arrastra» forzosamente la impugnación hecha valer contra el decreto-ley expropriatorio.

Finalmente, la respuesta dada por el Tribunal Constitucional se concreta en las siguientes afirmaciones: «Ha de considerarse constitucionalmente legítimo que en defensa de la Constitución, para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el art. 86,1, los sujetos u órganos legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad, concreten al Decreto-ley, sin atraer al proceso la ley ulterior, la impugnación» (fundamento jco. tercero). Este interés constitucional de ajustar el uso de los Decretos-leyes al cuadro de limitaciones establecido en nuestra norma fundamental «no puede considerarse satisfecho —señala el Tribunal Constitucional— por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del artículo 86,3» (fundamento jco. tercero). Por último, dice el TC que «pudiera acaso pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación ... mas esto no es así, pues ... es lo cierto que el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes ... es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del artículo 86,3» (fundamento jco. tercero).

3. Consideraciones críticas

a) La conclusión a la que se llega, en el sentido de admitir la impugnación del Decreto-ley 2/1983 aun cuando la Ley 7/1983 ha venido a sustituirle antes que el TC dictara sentencia, es de toda corrección. De invalidarse, en tal caso, la posibilidad de control en sede constitucional, se vaciaría de contenido la regulación establecida en el art. 86,1 CE que no podría ser garantizada por el Tribunal a quien compete asegurar la primacía de la Constitución. Efectivamente, un Gobierno con el suficiente apoyo en la Cámara baja podría utilizar despreocupadamente la figura del decreto-ley, obviando las limitaciones impuestas por la Constitución, ya que una ley sustitutoria enervaría la rescindibilidad de tal instrumento normativo ante la justicia constitucional.

Así, pues, la viabilidad del control constitucional ha de propugnarse independientemente de que el decreto-ley haya sido o no derogado. Las razones que aconsejan apoyar esta tesis son dos: Por un lado, y como bien expresa el Tribunal, debe preservarse el interés de los recurrentes de velar por la recta utilización de una competencia constitucional, cual es la que el art. 86 atribuye al Gobierno; por otro, la necesidad de determinar la licitud o ilicitud de la acción gubernamental a efectos de apreciar posibles responsabilidades. Debe apuntarse aquí un tema de gran interés, pese a que ha sido escasamente desarrollado por la doctrina española, como es el de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (8), si bien ha de tenerse en cuenta que, tras la convalidación del decreto-ley, el Gobierno queda liberado de toda responsabilidad (9).

b) El acierto que acaba de atribuirse a la conclusión expuesta en la sentencia objeto de este comentario, no puede ser predicado de la técnica argumentativa utilizada en la misma.

En primer lugar, debe recordarse que la Ley 7/1983 estableció en su disposición final la entrada en vigor el mismo día de su publicación oficial, así como la derogación expresa del Real Decreto-ley 2/1983. Como se ha expuesto anteriormente, no se trata de la ley de conversión a la que alude el Tribunal y que tiene su encaje teórico en el art. 86,3, sino de un producto legislativo elaborado por el procedimiento ordinario, que deroga al decreto-ley expropiatorio y que carece de efectos retroactivos, entre otras cosas porque no son necesarios habiendo por medio —como la hubo— una convalidación parlamentaria. Efectivamente, con la intervención del Congreso al amparo del art. 86,2 del texto constitucional, el decreto-ley nacido bajo el signo de la provisionalidad pasa a gozar, sin perder su fuerza de ley, de la estabilidad propia de las leyes. No cambia su naturaleza jurídica. Por ello, puede decirse que el Decreto-ley 2/1983 y la Ley 7/1983 guardan una relación que se disciplina por el principio *lex posterior derogat priori*.

(8) J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972, pp. 57 y ss., y especialmente pp. 123 y ss.

(9) J. SALAS: *op. cit.*, p. 93. En la doctrina italiana puede consultarse, por ejemplo, C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, Padua, 1976, p. 709.

sin que pueda argumentarse —como así lo ha hecho el Tribunal— la existencia de eficacia retroactiva en la citada ley.

En segundo término, hay que decir que el TC parece contraponer los términos «derogación» y «extinción» de los decretos-leyes en base a la pretendida existencia de un procedimiento legislativo que no puede ser asimilado —señala el Tribunal— al fenómeno de la derogación de las normas del Código Civil. Sin embargo, como acaba de comprobarse, se produjo realmente una derogación en sentido técnico, esto es, la eliminación del decreto-ley litigioso del ordenamiento jurídico, por lo que no es menester insistir más en ello.

Finalmente, debe notarse que en la sentencia se subraya, con insistencia, la virtualidad del procedimiento legislativo que se inicia con el decreto-ley para culminar con una ley ulterior, sustitutoria del mismo, que repercute en el enjuiciamiento de los decretos-leyes en sede constitucional, operándose una «reducción en el ámbito litigioso del proceso». La continua alusión a dicho procedimiento, y a la conexión existente entre la disposición extraordinaria dictada por el Gobierno y la norma legislativa posterior, es utilizada por el TC para evitar, en determinados aspectos, la fiscalización del decreto-ley expropiatorio del grupo RUMASA. En tal sentido, se llega a decir que la ley ulterior proporciona una «cobertura inatacable» al mismo, puesto que subsana los posibles vicios de que pueda adolecer. Tal argumentación se confirma a lo largo de varios fundamentos jurídicos.

La tesis de la pretendida reducción de las posibilidades de control de los decretos-leyes cuando existe una ley sustitutoria posterior, verdadero eje de la sentencia de 2 de diciembre, no puede sostenerse. De seguirse hasta sus últimas consecuencias podría reducirse a la nada el cuadro de limitaciones y cautelas con las que el legislador constituyente quiso enmarcar la figura —excepcional, por lo demás— del decreto-ley. Ya se ha hecho notar en estas mismas páginas cómo el respeto a las reglas que disciplinan el ejercicio de la potestad normativa excepcionalmente atribuida al Gobierno en el art. 86 CE no puede ser conculcado mediante el expediente de dictar decretos-leyes *inconstitucionales*, que hallarán el perdón parlamentario de la mayoría que apoya al Ejecutivo antes del pronunciamiento del TC, como sucedería si definitivamente se aceptara la posición que ha mantenido el Tribunal en esta ocasión. En este sentido, se pronuncian los magistrados disidentes del fallo, firmantes de un importante voto particular que acompaña a la publicación de la sentencia (Apartado primero).

II. LA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD» COMO PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE

El Gobierno puede dictar decretos-leyes únicamente al producirse el presupuesto fáctico que constitucionalmente le habilita para ello y que consiste en un caso de «extraordinaria y urgente necesidad», expresión que, a juicio de la doctrina, no es otra cosa que un ejemplo de los deno-

minados *conceptos jurídicos indeterminados* (10). Junto con esta interesante cuestión, se hará también referencia en este apartado al alcance del término *necesidad* a propósito de la distinción entre «necesidad absoluta» y «necesidad relativa», acuñada por la doctrina italiana, así como a algunos aspectos de la valoración efectuada por el TC de las circunstancias que integran el presupuesto de hecho del art. 86 del texto constitucional. Sobre esta temática —y a raíz de la sentencia de 2 de diciembre— es posible poner de manifiesto algunas reflexiones no exentas de interés.

1. *La formulación del presupuesto de hecho como concepto jurídico indeterminado.*

Ha de plantearse la duda de si el TC acepta la tesis de que la expresión «extraordinaria y urgente necesidad» del art. 86,1 CE constituye un ejemplo típico de lo que la doctrina germana ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, tal como han venido manteniendo los autores españoles. El problema no es nuevo y ya se planteó a raíz de la sentencia del TC de 31 de mayo de 1982, en la que se rechazan las posturas alegadas por las partes (los recurrentes defendían la existencia de un auténtico concepto jurídico indeterminado, mientras que el abogado del Estado propugnaba la consideración de la actuación del Gobierno como discrecional), al tiempo que se sostiene la necesidad de conceder un «razonable margen de discrecionalidad» a los órganos de dirección política para apreciar la concurrencia de las circunstancias que permiten hacer uso de la potestad de dictar decretos-leyes.

En la sentencia de 2 de diciembre se afirma que «el Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan —por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la decisión política» (fundamento jco. quinto).

Así, pues, en la doctrina del TC el presupuesto de hecho del art. 86,1 no parece configurarse como perteneciente a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, y pese a referirse a «actuaciones discrecionales», el Tribunal reconoce la posibilidad de fiscalización de las circunstancias de dicho presupuesto en sede constitucional. Se advierte, asimismo, que la valoración de la necesidad (calificada por las notas de lo extraordinario y lo urgente), por parte del Gobierno y del Congreso, lleva implícito un cierto margen de discrecionalidad que no puede ser controlado, en principio.

Cabría pensar, en el intento de comprender cuál es la posición del Tribunal en este tema, que cuando éste hace referencia a la discrecionalidad está aludiendo realmente al margen de apreciación inherente a todo

(10) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 161; J. SALAS: *op. cit.*, p. 30.

concepto jurídico indeterminado (11). Sin embargo, no existe una sola aseveración del Alto Tribunal que permita crearlo así, máxime cuando ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente por tal opción. ¿Cómo explicar, pues, la actitud del TC? Se intentará, a continuación, dar con la respuesta.

La lectura del fragmento de la sentencia, que acaba de transcribirse, hace pensar que el TC está calificando de discrecional la potestad de dictar decretos-leyes del art. 86 CE. En este sentido, no es problemático afirmar que el Gobierno actúa libremente, discrecionalmente, en la medida en que puede optar por la utilización de tales instrumentos normativos o cualesquiera otros para afrontar situaciones de necesidad como la contemplada en el texto constitucional.

Admitida la existencia de un poder discrecional en manos del Ejecutivo, cabe plantearse la cuestión de si tal poder incluye la facultad de valorar libremente, sin ninguna vinculación, las circunstancias que integran el presupuesto de hecho habilitante.

En la justificación de toda potestad (tanto si es reglada como discrecional) hay una referencia a un sector concreto de la realidad, una referencia fáctica que condiciona y delimita su ejercicio. En el caso que aquí interesa, el ordenamiento se ha referido también a la realidad para fijar los presupuestos del poder normativo extraordinario que la Constitución ha concedido al Gobierno. Y esa referencia no es precisa, al menos inicialmente, ni cuantificable con mayor o menor exactitud. El ordenamiento ha utilizado aquí una técnica frecuentísima en todas las ramas del Derecho, se ha servido de los conceptos jurídicos indeterminados, a través de la mención de una «extraordinaria y urgente necesidad», cuya verificación permitirá la adopción de decretos-leyes.

La remisión a este tipo de conceptos implica un proceso analítico, una operación de estricta calificación jurídica de los mismos, tanto si se trata de conceptos empíricos como de valor (12). Estas operaciones encaminadas a dar contenido concreto a los conceptos indeterminados no constituye un ejercicio de la facultad discrecional, sino una manifestación de la interpretación jurídica (13). Si se trasladan estas ideas del Derecho Administrativo al Derecho Constitucional, puede decirse que el Gobierno no ha de afrontar, en consecuencia, un proceso volitivo, sino un proceso cognoscitivo, objetivable y susceptible de ser fiscalizado. La discrecionalidad permite elegir entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente correctas desde la perspectiva de lo jurídico (14); en cambio, la interpretación no guarda relación con los juicios subjetivos, pues sus efectos permitirán constatar si existe o no el presupuesto justificativo de

(11) Consúltese el comentario jurisprudencial de A. BLASCO: *Principios de la jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes*, «REDA», 36, 1983, especialmente pp. 113 y ss.

(12) E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, pp. 125 y ss.

(13) *Ibidem*.

(14) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, pp. 172 y ss.

los decretos-leyes, si hay extraordinaria y urgente necesidad o si no la hay. Se deduce de todo ello que el Gobierno no está habilitado por la Constitución para apreciar discrecionalmente las circunstancias fácticas del artículo 86,1.

Debe notarse, no obstante, que no son pocas las dificultades inherentes a toda operación de calificación jurídica. Recuérdese, en este punto, la peculiar estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, en los que la doctrina ha distinguido una zona de certeza y otra de incertidumbre (15). Esta última, precisamente, permite en su valoración un cierto margen de apreciación que no ha de ser confundido con la discrecionalidad. Ya se ha señalado cómo discrecionalidad e interpretación operan en distintos niveles. La valoración del margen de apreciación, por consiguiente, es una operación vinculada.

Al Gobierno ha de reconocérsele, pues, un cierto margen de apreciación en relación al examen de las circunstancias que conforman el presupuesto de hecho. Ahora bien: cabría preguntarse si se trata de un margen de igual naturaleza que el atribuido ordinariamente a los órganos administrativos. Una respuesta de signo negativo permitiría afirmar que el Gobierno goza de un margen de apreciación más amplio, más flexible, en cuanto órgano constitucional que en cuanto órgano de la Administración del Estado. La explicación es fácilmente comprensible: La actividad normativa extraordinaria, que puede desarrollar el Gobierno en base al artículo 86 CE, tiene un componente político de singular alcance del que carecen las actividades típicamente administrativas de este órgano.

A la vista de las consideraciones que acaban de ser expuestas, cabe afirmar que el TC no parece haber rechazado la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados aplicada al art. 86 del texto constitucional. Avalarían esta solución las siguientes circunstancias:

1.^a El Tribunal ha admitido la fiscalización de los conceptos que integran el presupuesto de hecho.

2.^a Se admite, en la sentencia, el control de la valoración efectuada por el Gobierno sobre dicho presupuesto fáctico siempre que no se incida en el terreno de la oportunidad política.

3.^a De sostenerse que el Gobierno puede apreciar discrecionalmente la concurrencia de la situación de necesidad prevista en la Constitución, se eliminarían de raíz las garantías que, en relación a la realidad justificadora de la adopción de decretos-leyes, ha diseñado el legislador constituyente.

4.^a La mención a la discrecionalidad efectuada en la jurisprudencia constitucional en materia de decretos-leyes podría entenderse hecha en sentido lato, no técnico, como equivalente a margen de apreciación amplio.

(15) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 436 y ss.

2. «Necesidad absoluta» y «necesidad relativa»

Otro de los aspectos que pueden subrayarse en este comentario es el alcance del término *necesidad* a la luz de una distinción teórica formulada por los autores italianos, que fue utilizada por vez primera en España por el propio TC, en su sentencia de 4 de febrero de 1983 y que ha sido puesta nuevamente de manifiesto en la de 2 de diciembre del mismo año. Se trata de la distinción entre «necesidad absoluta» y «necesidad relativa», que va tomando cuerpo en la jurisprudencia constitucional.

Como se ha dicho en la doctrina italiana (16), las circunstancias conformadoras del presupuesto de hecho permiten la adopción de decretos-leyes de acuerdo con los fines propuestos por el Gobierno, con las necesidades y objetivos que, en cada momento, tienen trascendencia para la dirección política del Estado. En consecuencia, la «necesidad relativa» se presenta como justificativa de los decretos-leyes, como incluida plenamente en el presupuesto de hecho que habilita para la adopción de los mismos. Esta categoría se distingue de la llamada «necesidad absoluta» en la medida en que no se identifica con situaciones de grave perturbación del orden constitucional o de la seguridad pública.

Al respecto, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia declaratoria de la constitucionalidad del Decreto-ley 2/1983, puede leerse lo siguiente: «*La extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar el Decreto-ley para ordenar situaciones —o intervenir en acontecimientos— de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional*», pues se trata de «*un instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes*». Y se añade: «*La justificación del Decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que por circunstancias o factores, o por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida*».

La técnica normativa del art. 86 permite, como se ve, y sin dejar de ser excepcional, una utilización flexible en las coordenadas constitucionales, alejada ciertamente de una concepción maximalista que no permitiría al Gobierno dictar decretos-leyes para afrontar situaciones graves para el buen funcionamiento del Estado que no fuesen situaciones de «necesidad absoluta».

Ha señalado también el Tribunal que los decretos-leyes son instrumentos que contienen «*previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior Ley aprobada, siguiendo lo que dice el art. 86,3, su regulación definitiva*» (fundamento jco. sexto). Es necesaria una puntua-

(16) C. ESPOSITO, voz «Decreto-legge»: *Enciclopedia del Diritto*, Varese, 1962, pp. 834 y ss.; C. MORTATI: *op. cit.*, p. 706; L. PALADIN, voz «Decreto-legge»: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1981, p. 291.

lización al respecto. La aceptación de la categoría de la «necesidad relativa» como plenamente integrada en el presupuesto de hecho no puede llevar a considerar el decreto-ley como avance de la ley, al margen de las importantes restricciones constitucionales. El peligro de seguir por esta vía ya ha sido puesto de manifiesto en estas páginas. Recuérdese, además, que la utilización de los decretos-leyes sólo es posible cuando no pueda afrontarse una situación de necesidad a través del funcionamiento normal del Parlamento. En otras palabras, la urgencia es la única circunstancia que hace posible la consideración del decreto-ley como avance de la ley.

3. *La valoración del presupuesto de hecho*

Bajo este epígrafe se pretende analizar la aplicación al caso concreto del control basado en el presupuesto fáctico del art. 86,1, indagar cómo se efectúa la valoración, en sede constitucional, de las circunstancias que integran un caso de extraordinaria y urgente necesidad.

Puede decirse que hasta la sentencia de 2 de diciembre, el TC llevaba a cabo esta operación acudiendo al expediente de las simplificaciones, sin entrar a considerar, detenidamente, los elementos de juicio que aportaba la realidad inmediatamente anterior a la producción del decreto-ley de que se tratara (17).

Corrigiendo esta línea de comportamiento, en la resolución del caso RUMASA el TC hace algunas observaciones de interés al estudiar, con una mayor intensidad, la valoración del presupuesto de hecho que permitió la adopción del Decreto-ley 2/1983. En este sentido, se analizan en la sentencia factores de tipo económico, se examina el informe del Banco de España y se hace cumplida referencia al riesgo de desestabilización del sistema financiero que la crisis incontrolada de dicho grupo económico podría desencadenar. De los documentos aportados por el Ejecutivo se desprende, a juicio del Tribunal, la conveniencia de una medida expropiatoria urgente, cuya legitimidad no han logrado desvirtuar los recurrentes con la información presentada, por ellos, en el proceso (fundamento jco. séptimo). (Consigue el TC, de este modo, una decisión acorde con los criterios de valoración flexible de las situaciones de necesidad, ya apuntados más atrás.) En la transparencia de estos razonamientos no puede verse otra cosa que una prueba más de la objetividad en la misión de defensa jurídica del ordenamiento y de la Constitución a la que están llamados los Tribunales y, claro está, el TC.

Ahora bien, ¿hasta dónde puede llegar la valoración del presupuesto de hecho? ¿Cabe incluir en tal valoración el examen de las medidas adoptadas por el Gobierno?

Como es sabido, si tales medidas no van dirigidas a afrontar directamente la situación de necesidad de que se trate incurren en inconstitu-

(17) A. BLASCO: *op. cit.*, p. 115. Puede comprobarse la aseveración hecha en el texto en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de febrero de 1983 (fundamento jurídico sexto).

cionalidad. Pero ¿qué sucede con la oportunidad de las medidas contenidas en un decreto-ley? A este respecto, el TC ha señalado que no le es posible valorar la mayor o menor oportunidad técnica de las medidas adoptadas por el Gobierno. Así, y en lo que concierne a la adecuación de la expropiación como técnica para afrontar la crisis de RUMASA, se señala en el fundamento jurídico séptimo que «es a esta situación a la que el Gobierno ... responde con la medida expropiatoria que el decreto-ley acoge, sin que pueda pedirse a este Tribunal ... que, invalidando la expropiatoria por una consideración apoyada en la bondad de cualquiera de las otras, y de su carácter de menos incisivas o restrictivas de la propiedad o de más convenientes para el interés público, excluya aquélla, porque si a esto atendiera el Tribunal, se trasladaría a él una responsabilidad que no corresponde a su función y entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al Gobierno —con el control parlamentario— corresponde». Esta actitud, cuyos antecedentes se remontan a la sentencia de 31 de mayo de 1982, concuerda con el papel llamado a desempeñar por el Tribunal en el sistema de separación de poderes diseñado en la Constitución.

III. LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE AFECTAR A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN

Las cautelas con las que el legislador constituyente se propuso enmarcar la polémica figura del decreto-ley tienen su máximo exponente en el cuadro de limitaciones materiales establecidas en el apartado primero del art. 86 CE, entre las que se halla la prohibición de «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I (18). También en este punto la fundamentación jurídica del parecer mayoritario fue objetada en el voto particular que acompaña a la sentencia.

Será conveniente, antes que nada, examinar el contenido de ambas posiciones.

1. Las tesis de la sentencia y el voto particular

a) Se plantea en la sentencia si el decreto-ley es una figura constitucionalmente válida para afectar al derecho de propiedad, reconocido en el art. 33, Sección 2.ª, Capítulo II, Título I de la CE. A fin de responder a esta cuestión, el Tribunal descartará dos alternativas posibles para, finalmente, optar por una solución que puede calificarse de intermedia.

(18) Cfr. artículos 38 de la Constitución francesa, 77 de la Constitución italiana y 201 de la Constitución portuguesa. En el artículo 18 de la Constitución austríaca se establecen determinadas restricciones, pero entre ellas no se encuentra una prohibición general de afectar a los derechos fundamentales.

Se rechaza así, pues, y en primer lugar, la posición de quienes interpretan el art. 86,1 haciendo coincidir la mención referente a los derechos y libertades con la materia reservada a la Ley Orgánica (art. 81,1 CE), entre otras razones, por no ser «*conciliable con una interpretación vinculada a unos cánones atentos ... al propio sentido literal del precepto*» (19). Seguidamente, el Tribunal invalida «*la tesis partidaria de una expansión de la limitación contenida en el art. 86,1 CE*», que hace inservible al decreto-ley «*para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo 'afectar' de un contenido literal amplísimo*».

La posición asumida es la que se deduce de las siguientes palabras: «*La cláusula restrictiva del art. 86,1 de la Constitución ('no podrán afectar...') debe ser entendida de tal modo que ni reduzca a la nada el decreto-ley... ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos.*»

«*Esta vía interpretativa —sigue diciendo el TC— exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso... En el caso que nos ocupa, el derecho de propiedad... aparece regulado en el art. 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual...*» Desde esta última el derecho de propiedad es, en el razonamiento del parecer mayoritario, un derecho subjetivo «*debilitado*», siendo posible la expropiación por razones de utilidad pública o interés social. En cuanto a la vertiente institucional, el TC afirma lo siguiente: «*La garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el indicado precepto cuando precisa que la privación de los bienes o derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.*» En conclusión, «*la cuestión se traslada a examinar si el decreto-ley priva de estas garantías o, sin llegar a este extremo de incidencia en el derecho, altera elementos esenciales...*» (fundamento jco. octavo).

Por su parte, los magistrados firmantes del voto particular, tras señalar que «*no disentimos del parecer mayoritario en cuanto... al alcance del verbo 'afectar' en el sentido de que no excluye toda incidencia*» en los derechos y libertades de referencia, opinan que «*por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo 'afectar', resulta claro que la norma recurrida, que lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad de determinados ciudadanos por medio de la expropiación, afecta sin duda a tal derecho*». Seguidamente se afirma que el derecho de propiedad «*está garantizado por el art. 33 de la Constitución, y los tres apartados del mismo no pueden ser artificialmente disociados de manera que*

(19) Apoyan la tesis rechazada por el Tribunal Constitucional, entre otros, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 163-164.

llegue a entenderse que la llamada 'garantía expropiatoria' constituye un derecho distinto del derecho mismo de propiedad y no, como efectivamente sucede, una garantía de su contenido, consistente en que 'nadie podrá, ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes'».

Y finalmente, se dice: «Entendemos que el Decreto-ley afecta al derecho de propiedad cuando, al margen del sistema general expropiatorio, establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas» llevando a cabo «una minoración de las garantías previstas en dicho sistema» (Apartado 2).

Se suscita ahora la duda de si las tesis expuestas pueden considerarse antitéticas. La solución a tal interrogante ha de venir de la mano de un previo análisis de ambas posiciones.

b) La interpretación propugnada por el parecer mayoritario recoge sustancialmente la mantenida por un destacado sector doctrinal, para quien la cláusula restrictiva del artículo 86.1 no supone excluir del campo de acción de los decretos-leyes el tratamiento de cualquier cuestión relativa a los derechos regulados en el Título I CE, pues ello supondría hacer prácticamente inviable la utilización de tales instrumentos normativos (20). En la sentencia se sostiene, consecuentemente, que los decretos-leyes pueden incidir en el ámbito de los derechos fundamentales, siempre que se observen las siguientes reglas: 1.^a No establecer una regulación general. 2.^a No disponer del contenido esencial. En cuanto al derecho de propiedad, lo importante es comprobar si el Gobierno, al utilizar el poder normativo excepcional del artículo 86 CE, ha respetado las garantías constitucionales de tal derecho, garantías que el Tribunal ha declarado desde la perspectiva de lo individual y de lo institucional, en los términos reseñados anteriormente.

Los magistrados disidentes coinciden con el parecer mayoritario en que no toda incidencia es afectación, pero discrepan al sostener que, en el caso que se discute, la privación singular de la propiedad sí es afectación del tal derecho, ecuación que supone adoptar un criterio interpretativo más estricto que el mantenido en la sentencia. Sin embargo, inmediatamente se afirma que la afectación del derecho de propiedad se produce al llevarse a cabo la expropiación al margen de las garantías establecidas de modo general en las leyes, o lo que es lo mismo, al vulnerarse el artículo 33,3 CE. En fin, para los firmantes del voto particular, la ex-

(20) Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *op. cit.*, p. 164; A. GALLEGU ANABITARTE: *Sobre la no inconstitucionalidad del Decreto-ley 2/1983*, de 23 de febrero, «La Ley», 653, 1983, p. 2; J. de ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona, 1980, p. 216; L. SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, pp. 256 y 335. Disiente de esta tendencia el profesor J. SALAS: *op. cit.*, p. 44.

Deliberadamente no se hace referencia en el texto al tema de los deberes de carácter fundamental, merecedor de un tratamiento distinto del que se efectúa en este trabajo. Puede consultarse, en cuanto a los deberes de carácter tributario, el trabajo de L. M. CAZORLA PRIETO: *En torno al Decreto-ley en materia tributaria*, números 100-102 de esta REVISTA, vol. I, 1983, pp. 195 y ss.

presión «no podrán afectar» ha de entenderse, por lo que hace al derecho de propiedad, como prohibición de cualquier medida expropiatoria que elimine o reduzca las garantías del sistema expropiatorio general a las que alude el artículo 33,3 citado.

De todo lo expuesto, cabe deducir que, en lo fundamental, no puede hablarse de divergencia entre sentencia y voto particular con relación a la exégesis de la norma contenida en el artículo 86,1, aunque, como es sabido, no hay coincidencia en cuanto a los resultados a los que se llega en el fallo. Avalarían esta opinión los siguientes datos:

1.º Tanto para el parecer mayoritario como para el grupo de magistrados disidentes, no toda incidencia en los derechos y libertades del Título I es afectación de los mismos.

2.º Se afecta el derecho de propiedad cuando se alteran sus elementos esenciales o cuando se lesionan las garantías relativas a la expropiación constitucionalizadas en el artículo 33,3, idea también compartida por ambas posiciones.

Pues bien, destacada la coincidencia inicial de planteamientos entre sentencia y voto particular, ha llegado el momento de indagar cuál es el alcance de la doctrina del Alto Tribunal en relación al ámbito material vedado al tratamiento por decreto-ley que aquí interesa: los derechos y libertades del Título I de la Norma Fundamental.

2. *Los decretos-leyes no pueden regular los derechos y libertades del Título I.*

De acuerdo con el artículo 53,1 del texto constitucional, el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, entre los que se halla el derecho de propiedad, sólo podrá ser regulado por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. Parece muy clara la intención del legislador constituyente de atribuir de forma exclusiva a las Cortes la facultad de regular esta materia. Hay que señalar, asimismo, que el término *regular* adquiere, en dicho precepto, el significado de establecer una ordenación o desarrollo de los elementos sustanciales de alguno de tales derechos y libertades, y no la prohibición de toda incidencia sobre los mismos (21). En base a ello, puede deducirse que una de las lecturas del artículo 86,1 se concreta en que los decretos-leyes no pueden establecer una regulación general de tales derechos, aunque sí podrían incidir sobre los mismos. En todo caso, no obstante, dicha incidencia tendría como límite infranqueable el contenido esencial del derecho o libertad fundamental de que se tratara. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional.

3. *El contenido esencial de los derechos*

En torno a la noción del contenido esencial de los derechos y libertades de carácter fundamental se advierte una rica problemática cuya com-

(21) J. de ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *op. cit.*, pp. 215-216.

plejidad no permite que sea desentrañada en estas páginas (22). Baste aquí, en consonancia con el propósito de este trabajo, con hacer referencia a las principales cuestiones que, siendo pertinentes bajo este epígrafe, suscita la sentencia de 2 de diciembre pasado.

La primera de ellas podría ser planteada en los siguientes términos: La privación singular de los bienes y derechos de un ciudadano ¿supone una lesión del contenido esencial del derecho de propiedad?

La respuesta ha de ser obviamente negativa. En primer lugar, hay que subrayar que la propia Constitución, al configurar el régimen jurídico básico del derecho de propiedad, admite y regula la privación singular de los bienes y derechos de los particulares siempre que concurren determinados presupuestos, de tal modo que la posibilidad jurídica de expropiación —la convertibilidad forzosa de los bienes o derechos en su equivalente económico— se halla íntimamente unida a la propia naturaleza del derecho de propiedad. Podrá decirse, por consiguiente, que entre las características definitorias del mismo ninguna garantiza la inmunidad completa respecto a la expropiación. Desde este punto de vista, la expropiación operada por medio del decreto-ley impugnado no incide sobre el derecho protegido en el artículo 33 CE, puesto que tal derecho es reconocible independientemente de que el objeto sobre el que recae sea susceptible de expropiación (23). En este contexto encaja la afirmación hecha por el Tribunal de que el derecho de propiedad es «*un derecho subjetivo, debilitado... por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación*» (fundamento jco. octavo).

En segundo lugar, parece evidente que de no aceptarse la solución propuesta, se llegaría al absurdo de que toda expropiación, legislativa o no, supondría un atentado a las raíces mismas del derecho de propiedad y, por tanto, habría de ser considerado como un acto inconstitucional, conclusión que ni encaja en el ordenamiento constitucional ni es compatible con el concepto de propiedad imperante en la sociedad (24).

Una segunda cuestión que es preciso abordar es la de la relación entre contenido esencial y garantía constitucional de los derechos fundamentales y, en especial, del derecho de propiedad. Tanto en la sentencia como en el voto particular se alude en diversas ocasiones a la idea de las garantías constitucionales del derecho reconocido en el artículo 33 de la Norma Fundamental. Así, por ejemplo, en el fundamento jurídico

(22) Cfr. el excelente trabajo de L. PAREJO ALFONSO: *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, «REDC», 3, 1981, pp. 169 y ss.

(23) Para una definición del concepto de *contenido esencial* de los derechos, puede consultarse, además del trabajo ya citado de L. PAREJO, el libro de E. STEIN: *Derecho político*, traducido por F. Sainz Moreno, Madrid, 1973, pp. 247 y ss. Sobre ello, el Tribunal Constitucional se ha preocupado extensamente en la Sentencia a la que se alude en la nota anterior.

(24) Aunque no es ésta la ocasión de entrar en la polémica sobre el concepto actual del derecho de propiedad, es preciso destacar el trabajo de M. GARCÍA-Pelayo: *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pp. 32 y ss.

octavo de la sentencia se hace referencia a la «doble garantía» del derecho de propiedad, individual e institucional, así como también a la llamada «garantía expropiatoria». En el voto particular igualmente se hallan referencias a estos términos; así, se dice que la «garantía expropiatoria» es garantía del derecho de propiedad mismo, etc.

La terminología utilizada en estos ejemplos remite fácilmente a lo que los juristas alemanes han denominado *garantías institucionales* (25). En el origen de la formulación de esta teoría es clara la finalidad de protección a determinadas instituciones frente a posibles ataques del legislador no constituyente, de tal modo que éste no puede suprimirlas o disponer de sus elementos esenciales sin incurrir en inconstitucionalidad. Se trata, en definitiva, de hacer al texto constitucional resistente frente a la erosión producida por la actividad del legislador (26). Pues bien, ¿cuál es el interés de estas ideas en este comentario?

El interés radica en la identidad de concepto que suponen las expresiones *garantía constitucional* y *garantía institucional* y a la conexión del mismo con el contenido esencial de los derechos de carácter fundamental, plasmada con acierto en los siguientes términos por un autor español: «La garantía de este contenido [el contenido esencial] es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional)» (27).

Si se trasladan estas ideas a la problemática que, en torno a la protección constitucional del derecho de propiedad, se suscita en la sentencia, podrían hacerse las afirmaciones siguientes:

1.^a Existe una garantía constitucional del derecho de propiedad, que el Tribunal Constitucional advierte desde las vertientes individual e institucional. Tal como ya se ha dicho, desde la primera, la posibilidad jurídica de la expropiación deja intacto el ámbito nuclear de tal derecho; desde la segunda, la expropiación sólo es constitucionalmente posible en el marco del sistema expropiatorio general.

2.^a Una lesión en dicha garantía equivale a incidir en el contenido esencial del derecho de propiedad, infringiendo lógicamente el artículo 53,1 CE.

Ahí radica, precisamente, la cuestión fundamental que ha tenido que resolverse en el caso comentado en estas páginas y que ha motivado la división de criterios entre los magistrados del Tribunal Constitucional. Indagar ahora los motivos concretos de divergencia en relación a si el decreto-ley impugnado ha vulnerado alguna de las garantías contempladas en el artículo 33,3 CE supone adentrarse en un tema —el de la expropia-

(25) En la bibliografía en castellano sobre esta temática, cfr. C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, México, 1970, pp. 197 y ss., así como también L. PAREJO: *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981, especialmente pp. 11 y ss.

(26) L. PAREJO: *El contenido esencial...*, cit., p. 169.

(27) *Ibidem*, p. 182.

ción forzosa— que excede de los límites propuestos al iniciarse este trabajo; no procede, por tanto, insistir más en ello.

4. *La expresión «no podrán afectar» del artículo 86,1*

Queda, finalmente, referirse al significado constitucional de la cláusula restrictiva del artículo 86,1 CE, que tiene como elemento principal la expresión «no podrán afectar».

Tal y como se ha puesto de manifiesto en la exposición de las tesis de la sentencia y del voto particular, el término *afectar* aparece vinculado a los límites fundamentales de la normación por la vía del decreto-ley; esto es, la imposibilidad tanto de regular los derechos y libertades del Título I como de disponer del contenido esencial de los mismos. En otras palabras, hay afectación cuando se lesiona la garantía constitucional de los derechos citados. También se ha comprobado cómo no toda incidencia en los derechos es afectación, tan sólo la que rebasa las reglas de oro que acaban de citarse. En consecuencia, puede decirse que el término *afectar* aparece en el artículo 86,1 CE con una carga de signo negativo, es decir, en la acepción de menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente... En definitiva, afectación equivaldría a incidencia negativa, atentatoria contra la esencia misma —la garantía constitucional— de los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I (28).

5. *Conclusiones*

Desde la óptica que aquí interesa, esto es, desde el estudio de los decretos-leyes y de su ámbito de fiscalización por el Tribunal Constitucional, pueden establecerse algunas conclusiones de carácter fundamental que, a modo de recapitulación, seguidamente se exponen:

1.^a Los decretos-leyes pueden incidir en la esfera de los derechos y libertades del Título I, pero no pueden afectar a éstos en el sentido de que ni pueden establecer una ordenación general de los mismos ni pueden disponer de sus elementos esenciales.

2.^a Este planteamiento es aplicable al derecho de propiedad. En este sentido, cabe afirmar que por decreto-ley puede llevarse a cabo una ex-

(28) Obsérvese que en el voto particular el término *afectar* adquiere dos significados distintos. Así, cuando se dice que «la norma recurrida, que lleva a cabo una privación del derecho de propiedad... afecta sin duda a tal derecho», se está utilizando la noción de *afectar* de modo diferente a como se usa en la afirmación siguiente: «El Decreto-ley afecta al derecho de propiedad cuando, al margen del sistema general expropiatorio, establece normas singulares...» En el primero de los ejemplos, la afectación se equipara a alteración, eliminación o incidencia grave sobre la propiedad, pero sin que tal incidencia haya de suponer necesariamente una vulneración del texto constitucional. En cambio, en la segunda afirmación, el grupo de magistrados disidentes ha otorgado al verbo *afectar* su sentido técnico, el significado constitucional que le corresponde en el artículo 86, 1, CE, en los términos expresados en el texto.

propiación siempre que, constatada una situación de necesidad extraordinaria y urgente, se respeten las garantías del sistema general expropiatorio, ya que la privación singular de bienes y derechos es compatible con la garantía constitucional del derecho reconocido en el artículo 33 del texto constitucional.

3.^a La regularidad constitucional del Decreto-ley 2/1983 depende, fundamentalmente, de la existencia de lesión de las garantías a las que alude el artículo 33,3 CE.

4.^a Late en la fundamentación jurídica esgrimida por el Alto Tribunal una concepción dinámica y flexible de la figura del decreto-ley, cuya significación es desdramatizada para predicar de ella su aptitud para ser instrumento efectivo de la acción de gobernar, instrumento del que «*es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida*» (Sentencia del TC, de 4 de febrero de 1983) (29). Son ideas perfectamente acordes con el papel que en un Estado social de Derecho corresponde al Poder Ejecutivo (30).

En el difícil terreno de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales han realizado un gran esfuerzo por deslindar lo básico de lo accesorio, el núcleo que ha de ser garantizado a toda costa —incluso en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad— de aquellos aspectos accidentales en mayor o menor medida que permiten ser normados razonablemente por el legislador. Ahí radica una de las aportaciones de la novedosa sentencia de 2 de diciembre de 1983.

LUIS J. SEGURA

(29) El trabajo más reciente que se pronuncia en este sentido es el de J. E. SORIANO: *Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española*, núms. 100-102, vol. I, de esta REVISTA, 1983, pp. 453 y ss. La conclusión a la que se llega en el texto es también válida para el apartado II de este trabajo.

(30) Cfr. la interesante observación de M. GARCÍA-PELAYO en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1982, pp. 26-27.