

EL EJERCICIO DE LA FUNCION LEGISLATIVA POR EL GOBIERNO: LEYES DELEGADAS Y DECRETOS - LEYES

Por RICARDO GOMEZ-ACEBO SANTOS
Letrado del Consejo de Estado

SUMARIO: I. Delimitación del problema.—II. Modalidades del ejercicio de la función legislativa por el Gobierno. 1) Leyes delegadas. 2) Decretos-Leyes.—III. Soluciones adoptadas por el Derecho extranjero. 1) Italia. 2) Francia. 3) Inglaterra. 4) Estados Unidos. 5) Otros países.—IV. El problema de los Decretos con valor legislativo en España. 1) Los Decretos con valor legislativo hasta la instauración de las Cortes españolas en 17 de julio de 1942. 2) Legalidad establecida por la Ley de creación de las Cortes españolas de 17 de julio de 1942.

I.—DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.

Siempre y en todo momento histórico se ha reconocido a la Administración un poder normativo, es decir, la facultad de emanar normas directamente obligatorias para sus destinatarios, bien sean estos todos los miembros de la comunidad jurídico-política —en el caso de las normas generales—, bien sean uno o más sujetos determinados —en la hipótesis de las normas particulares—.

Ahora bien, semejante poder en la Administración es admitido por la doctrina y por los ordenamientos positivos bajo un signo sustancialmente diverso, según que se produzca con anterioridad o posterioridad al siglo XVIII.

Antes de dicho siglo, en efecto, regía, por regla general, en los distintos países el principio de concentración de poderes, lo que implicaba que tanto las funciones propiamente administrativas, como las legislativas, e incluso, buena parte de las judiciales, se hallaran atribuidas a la Administración, y, más concretamente aun, al supremo jefe de la misma, al rey. Este principio general con vigencia en todo el continente europeo donde imperaba en los tiempos que precedieron inmediatamente a la Revolución francesa la Monarquía absoluta, encontraba su excepción en Inglaterra, país en el que el poder legislativo correspondía al Parlamento, mientras que el rey únicamente conservaba en la esfera normativa el poder reglamentario o poder de ordenanza, en virtud del cual podía

dictar normas jurídicas en aplicación y desarrollo de las leyes con la limitación de no violar el contenido de las mismas (1).

Sin embargo, el siglo XVIII encierra las premisas de un cambio radical de sistema que aun perdura en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. MONTESQUIEU, inspirado en la realidad política inglesa, formuló el principio de la división de poderes como base fundamental de organización política: para evitar el abuso del poder a que conduce el hecho de que todos los poderes estén concentrados en una sola mano, el único procedimiento viable es que el poder se escinda, atribuyéndose a órganos distintos las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. La

(1) Esta es la razón de que la mayor parte de la doctrina encuentre el origen histórico de la distinción entre leyes y decretos —como formas típicas de manifestación del poder normativo del Parlamento y del rey, respectivamente— en Inglaterra. Las primeras, llamadas «Estatutos», eran promulgadas por el rey conjuntamente con el Parlamento («King in parliament»), y sólo podían ser modificadas o derogadas en virtud de otro Estatuto. Los segundos, denominados «Ordenanzas», eran promulgados por el rey con su Consejo («King in Council»), y eran susceptibles de ser modificados por la sola voluntad real. La historia constitucional inglesa es, en realidad, una pugna constante entre la Corona y el Parlamento por conseguir el poder legislativo, y nos muestra hasta el siglo XVII períodos en los que prevalecen los Estatutos, y otros en los que reafirmandose el poder real sobre el Parlamento adquieren supremacía las Ordenanzas. En el año 1539, todavía se promulga el Estatuto 31 de Enrique VIII que autorizaba al rey para dictar decretos («proclamations») «que deberían ser cumplidos como si procedieran de acto del Parlamento».

Esta ley, cuya fórmula de que los decretos regios tendrían el mismo valor que las leyes del Parlamento ha sido contemporáneamente resucitada por algunas leyes de delegación inglesa, y fué rápidamente derogada por el Parlamento, temeroso de perder sus prerrogativas legislativas. Por fin, la Revolución del siglo XVII determina la supremacía del Parlamento sobre la Corona y con ella el superior rango jerárquico de la Ley o Estatuto respecto del Reglamento u Ordenanza.

Otros tratadistas, especialmente italianos (Vid. CAMMEO: «Della manifestazione della volontà dello stato nel campo del diritto amministrativo» en «Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano», Milán, 1901, vol. III, pág. 113; y G. FERRARI: «Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo», Milán, 1948, nota en pág. 3) entienden, por el contrario, que la diferenciación entre leyes y ordenanzas, antes que en Inglaterra tuvo lugar en los países de Derecho germánico. En ellos —dice FERRARI— la potestad de bando o «Bagenwalt» del rey carecía de fuerza para abrogar la «lex terrae», la cual, primero en la monarquía lombarda y después en la carolingia, estaba constituida por las antiguas costumbres locales. En un período algo posterior aparecen netamente diferenciados dos tipos de normas: las emanadas exclusivamente del rey, en cuanto titular del «Bagenwalt», llamadas «capitula para se scribenda», y las dictadas igualmente por el rey, pero con el consentimiento de los «meliores terrae», que bajo el nombre de «capitula pro lege tenenda» constituían la nueva ley asimilada a la «lex terrae» y como ésta no modificable por bando real. Sin embargo, este principio carolingio de colegislación del rey con los nobles expresado con la fórmula «lex consensus populi et constitutione regia fit» va perdiendo fuerza en la historia y se ve sustituido en la Europa continental por el absolutismo monárquico que centra en la figura del rey todos los poderes del Estado, mientras en Inglaterra tiene lugar el proceso inverso ya descrito que conduce a la atribución al Parlamento del poder legislativo en detrimento de las Ordenanzas reales.

consecuencia lógica de este principio —en el aspecto que aquí interesa— es negar al Poder ejecutivo cualquiera participación en el ejercicio de las funciones legislativas, las cuales se reservan con carácter de exclusividad al Poder legislativo.

El principio de división de poderes es acogido en el orden jurídico-positivo por la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano», de 1789, y por la Constitución de 3 de septiembre de 1791, convirtiéndose desde entonces en un dogma constitucional formulado expresa o implícitamente por todas las Constituciones liberales.

Sin embargo, la misma realidad de la vida política con su complejidad característica de situaciones que exigen una rápida decisión respecto a las mismas y, por otra parte, la imposibilidad de que los órganos legislativos asumieran la función de dictar normas detalladas sobre todas las materias necesitadas de una regulación iban a imponer bien pronto el abandono de la aplicación rígida del principio de división de poderes con las consiguientes ingerencias de cada uno de los tres Poderes en las funciones atribuidas a los demás, y especialmente la asunción por el Poder ejecutivo de funciones normativas.

En la misma Francia, la Constitución del año III admitió la normación por decreto, si bien únicamente confirió validez a los dictados en ejecución de las leyes. Este temperamento al principio de la división de poderes es reconocido después, con mayor o menor amplitud, por las Constituciones sucesivas de todos los países, arraigándose de esta forma la distinción entre la ley, norma jurídica superior emanada del Poder legislativo y la Ordenanza ó Reglamento, dictada directamente por el Poder ejecutivo en virtud de atribuciones propias, si bien en el ejercicio de tal potestad reglamentaria la Administración se encuentre siempre con el límite del respeto debido a las leyes que le impide —so pena de que el Reglamento carezca de fuerza obligatoria— contradecir o violar con las normas reglamentarias las contenidas en la ley.

He aquí la primera manifestación del Poder normativo de la Administración, la potestad reglamentaria, la cual, en sus diversas formas de Reglamentos ejecutivos, independientes o delegados, se encuentra reconocida sin excepción por todos los países del mundo.

Sin embargo, no constituyen los Reglamentos objeto de nuestro estudio, sino otra modalidad distinta del poder normativo de la Administración que aparece esporádicamente a lo largo del siglo XIX, pero que en el siglo actual y muy especialmente en la postguerra de 1914-1918 se va abriendo paso en las nuevas Constituciones o en la realidad política de los Estados, hasta llegar a adquirir en la actualidad un valor casi universal. Nos referimos a las normas dictadas por la Administración, pero que a diferencia de los Reglamentos, tienen la misma eficacia que las

leyes formales (2), y pueden, por consiguiente, contener disposiciones *contra legem* y derogar a las propias leyes.

En resumen, el poder normativo de la Administración adopta dos formas diversas :

1) Los Reglamentos, los cuales —según la doctrina comúnmente admitida— son actos material y formalmente administrativos mediante los que se establecen normas generales y jurídicamente obligatorias. Contribuyen en medida importante a constituir el ordenamiento jurídico del país, pero sin poseer el valor de las leyes formales, por lo que no pueden estar en contradicción con las mismas.

2) Las normas jurídicas dictadas igualmente por la Administración a las que se concede el mismo alcance y eficacia que a las leyes formales.

En este segundo caso, hablamos de funciones legislativas ejercitadas por la Administración, puesto que ésta sustituye efectivamente al Poder legislativo en su misión característica: elaborar y aprobar las leyes. Fácilmente se comprenderá la gran discusión doctrinal que ha originado esta facultad reconocida a la Administración, puesto que lleva consigo un ataque frontal al principio de división de poderes, inmutable durante más de un siglo, que le coloca en trance de convertirse en un simple principio teórico con escasas repercusiones prácticas en el campo de la realidad política.

Finalmente, debe observarse que, aunque el fenómeno es absolutamente moderno, pues sólo data de nuestro siglo, la repulsa al dogma de la división de poderes, como principio político, ha trascendido a la constitución de diversos Estados, que han adoptado, como fundamento de organización política el principio de autoridad, centralizando en la Jefatura del Estado y en el Gobierno —órganos típicos del llamado Poder ejecutivo— las funciones legislativas y administrativas. Naturalmente, en tal supuesto, no puede darse carácter excepcional al ejercicio por la

(2) La distinción entre leyes materiales y formales procede de la segunda mitad del siglo XIX y es negada hoy por parte de la doctrina moderna, aunque continúa aceptada como tesis general (Vid. FEDERICO DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, 1.ª edición, págs. 294-295). Por ley material se entiende cualquier disposición jurídica de carácter general con independencia de que emane de los órganos legislativo o administrativos. Por ley formal, cualquier disposición, sea general o especial, emanada de los órganos a los que constitucionalmente corresponda el poder legislativo. Con arreglo a esta concepción, cuya utilidad, al menos conceptual, es evidente, los Reglamentos son leyes en sentido material, aunque no formal. Como leyes formales únicamente se admiten las aprobadas por las Cortes o el Parlamento —en los países de constitución liberal—, siendo acertada la opinión de quienes atribuyen también el carácter de leyes formales a las dictadas por el Jefe del Estado en los países cuyas Constituciones le atribuyen el poder legislativo (Vid. J. GASCÓN Y MARÍN: *Jerarquía de las fuentes del Derecho Administrativo*, en «Estudios Jurídicos», número 2, octubre de 1941, págs. 111 a 131; y ROGER BONNARD: *El Derecho y el Estado en la doctrina nacional socialista*, Barcelona, 1950, págs. 117-119).

Administración de funciones legislativas, toda vez que dicho ejercicio forma parte integrante de su esfera normal de competencia. Sin embargo, la utilidad práctica de la distinción entre los distintos tipos de normas jurídicas —leyes, decretos-leyes, leyes delegadas, decretos, órdenes ministeriales, etc.—, subsiste íntegra en tales casos, debiendo exigirse, como técnica de buen gobierno, que se respete el principio de jerarquía de tales normas, así como las garantías establecidas para su formación y promulgación, ya se refieran éstas al procedimiento, ya a la intervención de órganos distintos del titular primario de las funciones legislativas en la elaboración de las normas jurídicas.

II.—MODALIDADES DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA POR EL GOBIERNO.

En los países en los que, al menos teóricamente, rige el principio de división de poderes la asunción por el Gobierno de funciones legislativas sólo tiene lugar en vía excepcional y temporal, adoptando dos diversas modalidades según que tal ejercicio se efectúe en virtud de una expresa delegación de atribuciones legislativas por el Parlamento al Gobierno, o en mérito a circunstancias extraordinarias e imprevisibles de necesidad o urgencia que exigen una rápida decisión incompatible con la dilación que, *a fortiori*, supondría la previa aprobación de una ley formal. En el primer caso, la expresión más generalizada para designar a las normas así emanadas del Gobierno es la de «leyes delegadas» («delegated legislation», en Inglaterra y Estados Unidos), si bien en Italia junto a aquélla se las llama más usualmente «decretos legislativos» (3). En el segundo caso —ejercicio por el Gobierno de la función legislativa por causas de urgencia o necesidad— se denominan a las normas en tal concepto dictadas «Decretos-Leyes» (4).

(3) En Italia, lo normal en los tratadistas es aplicar el nombre de «Decretos legislativos» con significado sinónimo del de «Leges delegadas» (Vid. G. FERRARI, obra citada; C. CERETTI: *Corso di diritto costituzionale italiano*, 1948, págs. 237-245; G. BALLADORE PALLIERI: *Diritto costituzionale, secondo la nuova Costituzione*, 1949, págs. 196-198; Renato ALESSI: *Diritto amministrativo*, 1949, págs. 26-28; etc.). Otros autores, sin embargo, como SANTI ROMANO (*Principii di diritto Costituzionale*, 1947, págs. 275-278) hacen de los «Decretos legislativos» una categoría más genérica, en la que incluyen, además de las «leyes delegadas» otros supuestos de normas jurídicas dictadas por la Autoridad Ejecutiva, por lo regular el Jefe del Estado, con fuerza de ley y no en base a una delegación recibida de los órganos legislativos, sino a un poder de tal naturaleza que le es reconocido en materias determinadas por la Constitución. Tal facultad de dictar otros decretos legislativos distintos de la ley delegada suele ser atribuido al Jefe del Estado en materia colonial e igualmente en lo relativo a la concesión de títulos nobiliarios.

(4) También SANTI ROMANO, en su obra citada, págs. 278 a 283, califica a los «Decretos-Leyes» como especie de una figura más amplia: las «Ordenanzas de necesidad», entre las que señala, además, los decretos por los que el Jefe del Estado pro-

Tanto unas —leyes delegadas— como otros —«Decretos-Leyes—, suelen designarse con la expresión genérica de «Decretos con valor legislativo», denominación indudablemente acertada, pues en ella se encierran los requisitos comunes a las dos formas en que se concreta la función legislativa del Gobierno, requisitos que son los siguientes:

A) Subjetivamente, leyes delegadas y Decretos-Leyes emanan de la autoridad administrativa, y, por regla general, del Jefe del Estado.

B) Objetivamente, contienen normas jurídicas obligatorias, usualmente de carácter general, aunque ningún obstáculo existe para que su objeto sea determinar una situación jurídica particular, pues la misma doctrina es admitida también respecto a las leyes formales (ej., una pensión extraordinaria concedida por ley o decreto-ley).

C) En el orden formal, revisten la forma de decretos, normal en las declaraciones de voluntad del supremo órgano ejecutivo.

D) Finalmente, su eficacia es idéntica a la de las leyes formales.

No obstante, existe un último requisito —además del diverso fundamento ya expuesto de Decretos-Leyes y leyes delegadas— que diferencia a las dos modalidades de los decretos con valor legislativo y que se concreta en el tiempo en que se produce la intervención legitimadora del Poder legislativo: en las leyes delegadas el poder legislativo asume como propio el contenido que ha de dar el Gobierno a las mismas en vía preventiva, mediante la aprobación de la ley de delegación; en los Decretos-Leyes la intervención del Parlamento se ejerce en vía sucesiva o posterior a su emanación mediante la ratificación, conversión en ley o convalidación. Como dice FERRARI (5) «mientras el Gobierno da a estos actos la forma y el contenido no puede jamás darles su legitimidad, pues ésta únicamente puede ser conferida por el Poder legislativo. Pero las exigencias de la vida consienten que la intervención de éste sea unas veces preventiva y otras sucesiva... Cuando la aprobación es preventiva, se produce una ley de delegación, y la ordenanza emanada en virtud de ella y dentro de los límites de la misma es plenamente válida, tomando el nombre de decreto legislativo. Cuando, por el contrario, la aprobación es sucesiva se tiene la conversión en ley, y la ordenanza, si se produce esta conversión, conserva la eficacia de ley formal con que nació, perdiéndola, en cambio, si falta la conversión» (6).

Expuesta la teoría general de los «decretos con valor legislativo», in-

clama el estado de asedio o guerra, con la consiguiente traslación a las Autoridades militares de la facultad de dictar medidas con fuerza de leyes, y los decretos mediante los que declara otros estados excepcionales designados, según los países, con diversos nombres: estado de alarma, de peligro público, de emergencia, pequeño estado de asedio, etc.

(5) Ob. citada, págs. 123-124.

(6) En el mismo sentido, R. ALESSI (ob. y lugar citados).

dicaremos, a continuación, concisamente, las especialidades propias de cada una de sus dos variedades: leyes delegadas y Decretos-Leyes.

1) *Leyes delegadas*.—Aceptamos la definición que de las mismas da CERETTI (7) como «actos que revisten la forma de decretos del Jefe del Estado y tiene la eficacia de las leyes formales, emanando del Gobierno en base a una delegación recibida de los órganos legislativos».

El primer problema que se plantea respecto a las leyes delegadas es el relativo a su admisibilidad. La doctrina más comúnmente seguida (8) coincide en afirmar la imposibilidad de la delegación legislativa en los países de Constitución rígida cuando ésta no permita expresamente la delegación; ello representaría una derogación a la Constitución que está fuera de la competencia del Poder legislativo ordinario. Respecto a los países con Constitución flexible las opiniones están, en cambio, divididas. Hay algunos, como ESMEIN y DUGUIT, que sostiene la negativa basándose en el aforismo *delegatus delegare non potest*: la competencia legislativa del Parlamento le ha sido delegada por el pueblo, y, en consecuencia, aquél no puede disponer, a su vez, de un poder del que ha sido investido en interés público. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina se pronuncia afirmativamente respecto a la admisibilidad de la delegación, explicando el fenómeno, bien como un mandato otorgado por los órganos legislativos en favor de los ejecutivos (BRUNIALTI y CONTUCCI), bien atribuyendo a la ley de delegación el carácter de una ley en blanco del Poder legislativo que abandona al ejecutivo la determinación de su contenido, a imagen de la letra en blanco del derecho cambiario (KELSEN y ORLANDO), bien afirmando que es una contradicción calificar a las leyes delegadas de ilegítimas cuando es lo cierto que se dictan al amparo de una ley formal de delegación (RANNELLETTI) (9). A nuestro juicio, parece evidente que en los países de Constitución flexible el Poder legislativo que puede modificar ésta mediante una ley ordinaria, pueda igualmente con una norma de tal rango hacer dejación al Poder ejecutivo del ejercicio de su propia función legislativa.

Por otra parte, la utilidad práctica de la institución resulta innegable por una larga serie de razones que expone la doctrina (10), entre las que destacan, por una parte, el gran volumen que ha adquirido la legislación como consecuencia del moderno intervencionismo que tiende

(7) Ob. citada, pág. 238.

(8) Vid. SANTI ROMANO (ob. citada, pág. 276).

(9) Vid. G. FERRARI (ob. citada, págs. 232-233) y SANTI ROMANO (ídem, páginas 276-277).

(10) Vid. las aducidas en el «Denoughmore Report» sobre los poderes legislativos del Gobierno en Inglaterra citadas por M. GARCÍA PELAYO en su *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1950, pues resumen con mucha precisión las distintas posiciones doctrinales en torno al problema.

constantemente a ampliar la esfera de competencias del Estado, por cuya razón el Parlamento se siente impotente —incluso fisiológicamente— para examinar y aprobar todos los proyectos de ley que le serían sometidos por el Gobierno de seguirse el procedimiento legislativo ordinario y opta por trasladar a éste el ejercicio parcial o total de las funciones que le son propias; y, por otra, la complejidad que reviste la moderna legislación, para la que se requiere una aptitud técnica especial de la que, por regla general, carecen los miembros del Parlamento.

La delegación legislativa, si bien, en todo caso, y por su carácter excepcional, debe ser expresa, puede adoptar diversas formas que sustancialmente se reducen a dos: general y especial. La primera, tiene lugar cuando el Parlamento concede al Gobierno los llamados «plenos poderes», lo que usualmente acontece en los casos de guerra o amenaza de guerra exterior o interior o, cuando se producen graves perturbaciones del orden público. En tal hipótesis el Gobierno asume integralmente el ejercicio de las funciones legislativas sin que se oponga límite alguno a su labor. La delegación puede ser, en segundo término, especial, es decir, puede conferir al Gobierno la facultad de dictar normas con valor legislativo sólo respecto a una materia o materias determinadas, y en tales casos el Gobierno no puede sobrepasar los límites que le imponga la ley de delegación, la cual puede otorgarle un amplio margen de discrecionalidad o, por el contrario, ceñir su función a desarrollar unas normas generales o básicas previamente aprobadas por el propio Parlamento. Las primeras manifestaciones de estas delegaciones legislativas especiales fueron la elaboración de Códigos y textos refundidos (11), pero posteriormente se han extendido a un sin fin de materias, generalmente de índole técnica.

Caballo de batalla en el campo de la legislación delegada ha sido el de buscar fórmulas por las que se evitaran las arbitrariedades de la Administración en el ejercicio de su función delegada por el Poder legislativo; es decir, el establecimiento de una fiscalización de la actividad legislativa del Gobierno. Esta fiscalización puede adoptar en la práctica tres diversas formas:

a) La fiscalización política, atribuida al Parlamento, que en todo momento puede examinar y comprobar si el Gobierno se ha ajustado o.

(11) La inclusión de los textos únicos o refundidos como una figura de la delegación legislativa es combatida, en general, por SANTI ROUANO (ob. y lugar citados), quien sostiene que las diversas disposiciones que se reúnen en estos textos refundidos conservan el mismo valor y rango normativo que el que tenían antes de su refundición, por lo que mal puede hablarse de ley delegada. Reconoce, sin embargo, que existe propia delegación cuando se atribuye al Gobierno no sólo la facultad de reunir ordenadamente en un solo texto diversas disposiciones legislativas, sucesivas en el tiempo y contradictorias entre sí, sino también la de modificarlas o abrogarlas, hipótesis que concedida o no expresamente suele producirse en la realidad.

por el contrario, se ha excedido de los límites que le fueron impuestos por la ley de delegación, y, en este segundo caso, puede llamar la atención del Gobierno en tal sentido o retirarle su confianza —cuando se trate de Gobierno parlamentario—, o finalmente, derogar mediante ley formal las leyes delegadas que estén en contradicción con la ley de delegación. En el Derecho inglés suele también adoptarse la fórmula de imponer al Gobierno la obligación de depositar en la Mesa del Parlamento la ley delegada durante un cierto período de tiempo —en la «Statutory instrument Act» de 1946 se ha señalado el de cuarenta días— para que el Parlamento pueda pronunciarse por su legalidad o ilegalidad durante dicho plazo, siendo interpretable el silencio en el sentido de confirmarse la legalidad de la ley delegada (12). Este procedimiento implica, en definitiva, una especie de ratificación de la ley delegada por el Poder legislativo, contradiciéndose de esta forma el esquema teórico antes expresado, según el cual la ratificación es característica de los Decretos-Leyes o de urgencia, mientras que la delegación lleva consigo, en principio, la previa aprobación del Parlamento al uso que haga el Gobierno de sus facultades legislativas. Más aun se acentúa esta discrepancia entre la teoría y la realidad política en Francia, donde no se conoce otra expresión para designar a los «decretos con valor legislativo» sino la de «Decretos-Leyes», los cuales, para ser válidos, exigen simultáneamente la aprobación preventiva —mediante la llamada ley de habilitación— y la sucesiva —mediante la posterior convalidación del Poder legislativo—. Las garantías y el control del Poder legislativo, sobre el Gobierno son, sin duda, más eficaces, pero desnaturalizan la distinción teórica clara y de la máxima fuerza lógica entre leyes delegadas y Decretos-Leyes.

b) La fiscalización jurisdiccional, que es a todas luces la más eficaz, pero la que ha encontrado y encuentra más obstáculos para triunfar en los ordenamientos jurídico-positivos. En Italia, generalmente, es rechazada por la doctrina la posibilidad de revisar en vía jurisdiccional la legalidad de las leyes delegadas, salvo en los casos en que éstas sean radicalmente nulas, como consecuencia de faltar en absoluto toda relación entre ellas y la ley de delegación, como, p. ej., el caso en que la ley delegada regulara una materia sustancialmente diversa de aquella para la que fué concedida la delegación (13); otros autores, sin embargo, más progresivos, sostiene la posición contraria afirmando la competencia del Juez para, mediante la comparación de los dos textos legislativos, fiscalizar si el Gobierno se ha mantenido dentro de los límites contenidos en

(12) Vid. F. MURILLO: *El régimen jurídico de la Administración inglesa* (en el número 1 de esta Revista, págs. 51-73); M. GARCÍA PELAYO (ob. citada), y GAUDEMET: en *Les pouvoirs de crise en Angleterre* («Revue du Droit Public», 1946, págs. 442-454).

(13) Vid. S. ROMANO (ob. y lugar citados).

la ley de delegación, tesis que recientemente —dice CERETTI (14)— ha sido consagrada por la jurisprudencia italiana. En Francia tal fiscalización jurisdiccional existe, correspondiendo la competencia para su ejercicio al Consejo de Estado, que conoce de la legalidad o ilegalidad de los «Decretos-Leyes» a través de la vía del recurso por exceso de poder (15), pudiendo anularlos si considera que exceden de los límites establecidos por la ley de habilitación. También en Inglaterra la legislación delegada está, en principio, sometida al control jurisdiccional, si bien en la práctica se han ideado fórmulas para eludir tal control, bien expresando en el acta de delegación que las leyes dictadas («statutory instruments») por el Gobierno en desarrollo de la ley delegante producirán el mismo efecto que si estuvieran contenidas en esta última ley, bien declarando expresamente en la ley de delegación que los aludidos «statutory instruments» no podrán someterse a los Tribunales para que conozcan sobre su legalidad o ilegalidad.

c) En tercer término, puede atribuirse la fiscalización de la adecuada utilización de las funciones legislativas por el Gobierno a órganos consultivos de la propia Administración, como el Consejo de Estado. Dicha fórmula ha sido adoptada por Francia en determinados momentos de su evolución jurídico-administrativa, y por lo que atañe a nuestra Patria, aunque no por imperativo del ordenamiento jurídico vigente, sino en mérito a una sana práctica administrativa, es usual que el Gobierno, al desarrollar las Leyes de Bases —aprobadas de acuerdo con el procedimiento normal establecido para la elaboración de las leyes, o sea con intervención de las Cortes—, remita al Consejo de Estado el proyecto de texto articulado, con carácter previo a su promulgación, para que dicho Órgano consultivo supremo formule dictamen sobre la adaptación o desviación del referido texto articulado respecto a las normas contenidas en la correspondiente Ley de Bases (15 bis). Reconocida la bondad y eficacia de esta fórmula de fiscalización, sería muy conveniente que la Ley sancionara esta costumbre administrativa, convirtiendo en preceptiva la audiencia del Consejo de Estado en todos los casos de aprobación por el Gobierno de un cuerpo legal que fuera desarrollo de una ley de delegación, una de cuyas modalidades está constituida precisamente por las Leyes de Bases.

(14) Ob. y lugar citados.

(15) Vid. M. WALINE (*Manuel élémentaire de droit administratif*, edición 1947, págs. 23-35), G. BURDEAU (*Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1947, págs. 171-172), GAUDEMET (artículo citado), R. PINTO (*La loi du 17 Août 1948 tendant au redressement économique et financier*, en «*Revue du droit public*, 1946, págs. 517-545), M. ROLLAND (*Revue du droit public*. 1924, págs. 42 y sigtes.), etc.

(15 bis) Bien reciente está el ejemplo de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, cuyo texto articulado, fué consultado por el Consejo de Estado, antes de su aprobación por Decreto de 16 de diciembre de 1950.

2) *Los Decretos-Leyes*.—Pueden definirse como «los decretos emanados del Gobierno y, generalmente, del Jefe del Estado, con el valor y eficacia de las leyes formales en razón a causas de absoluta o urgente necesidad». Generalmente, como anteriormente se ha expuesto, los Decretos-Leyes precisan para su eficacia que el Poder legislativo los ratifique o convierta en ley, haciendo suyas de este modo las disposiciones emanadas del Gobierno en circunstancias anómalas y extraordinarias. Toda la doctrina italiana coincide en la exigencia de este requisito.

Al igual que ocurría con las leyes delegadas, se plantea respecto a los Decretos-Leyes el problema relativo a su admisibilidad y fundamento. Cuando la propia Constitución política atribuye al Gobierno la facultad de dictar Decretos-Leyes en los casos de necesidad o urgencia, la admisibilidad del Decreto-Ley no se discute. No ocurre lo propio cuando la Constitución no contiene norma alguna permisiva, o, conteniéndola, limita la competencia del Gobierno para promulgar Decretos-Leyes a hipótesis muy concretas y determinadas, en cuyo caso se plantea la cuestión de la constitucionalidad de los Decretos-Leyes emanados del Gobierno fuera de los supuestos expresamente admitidos por la Constitución.

Los más contestaban en sentido negativo a este problema; sin embargo, ante la práctica de todos los Gobiernos que, siempre que las circunstancias lo exigían, recurrían al procedimiento de la legislación por Decreto-Ley, pronto se dirigió la doctrina a buscar soluciones satisfactorias que justificaran esta asunción de poderes excepcionales por el Poder ejecutivo.

En la doctrina italiana (16), las teorías sobre el fundamento de los Decretos-Leyes son muy numerosas, pudiendo hacerse tres grupos fundamentales de las mismas:

A) Los que basan los Decretos-Leyes en alguna fórmula de delegación por el poder legislativo. En tal sentido SCHANZER, que habla de una delegación tácita del poder legislativo; MORTARA, que los construye como legitimados por el previo consentimiento de la mayoría parlamentaria al considerar al Gobierno como una prolongación de ésta, y CROSA, para quien el Decreto-Ley es una versión previa del acto legislativo, respecto a la cual la falta de ratificación funcionaría como condición resolutoria.

B) Otros encuentran la justificación del Decreto-Ley, bien en la legítima defensa —BRUNIALTI y CONTUCCI—; bien en el estado de necesidad, siendo esta última la tesis más generalizada, defendida, entre otros, por ROSSI, CODACCI-PISANELLI, LOMBARDO-PELLEGRINO, RANNELLETTI y el

(16) Vid. S. ROMANO (ob. citada, págs. 278 y 281), y G. FERRERI (ob. citada, págs. 28-30).

propio S. ROMANO, que llega a configurar al estado de necesidad como la suprema fuente del Derecho no escrito y legitimadora, como tal, de los Decretos-Leyes emanados del Gobierno en base a un estado de necesidad, aun cuando falte precepto constitucional que los autorice.

C) Otros dan explicaciones muy distintas, e imposibles de reducir a unidad, del Decreto-Ley. FERRARA los concibe como un caso de «negotiorum gestio»; TOMMASONE, como emanados del rey en cuanto «pars legislativi» y no en concepto del Jefe del ejecutivo; como inspirados en la oportunidad política, tesis propugnada por VACCHELLI, etc.

La doctrina francesa, influida por la peculiaridad de los Decretos-Leyes de su país—híbridos entre los conceptos puros del Decreto-Ley y de la ley delegada, en cuanto que emanan sobre la base de una delegación legislativa, requiriéndose a la vez la posterior ratificación del Parlamento—, formula tres teorías explicativas de los mismos (17).

En primer lugar, la de la delegación legislativa, que configura al Decreto-Ley como un acto legislativo dictado por el Gobierno en uso de una delegación atribuida por ley formal. Es generalmente combatida por considerarse inconstitucional tal delegación de facultades legislativas por parte del Parlamento.

En segundo término, la tesis de la deslegalización, sostenida principalmente por ROLLAND (18). A diferencia de la anterior, configura al Decreto-Ley como un acto administrativo con eficacia para modificar las leyes formales a que se refiera la ley de delegación, la cual, por el solo hecho de su promulgación, deslegaliza a aquéllas, reduciéndolas a simples preceptos reglamentarios.

El Consejo de Estado francés, práctico en su jurisprudencia, no plantea el problema de la constitucionalidad de los Decretos-Leyes; admite su existencia y se declara competente para examinar si rebasan o exceden los límites asignados al Gobierno por la ley de delegación.

Finalmente, la tesis del estado de necesidad también encuentra sus partidarios en BERTHELEMY y RIVERO, a quienes se adhiere WALINE, quien concluye su exposición afirmando: «Todo sucede como si por encima de las leyes constitucionales hubiera una fuerza superior, un principio no escrito que podría formularse así: *Salus populi, suprema lex.*»

Por lo que respecta a la eficacia del Decreto-Ley, es, como ya se ha expuesto, la misma que la de la ley formal. Ahora bien, la exigencia de la ratificación o conversión en ley del Decreto-Ley determina que la eficacia de éste sea en cierto modo provisional, dependiendo en definitiva de que el Parlamento apruebe o rechace su conversión en ley. En buenos principios de Derecho, la falta de ratificación por el Parlamento del Decreto-Ley, que implica su decadencia, únicamente debe producir

(17) Vid. especialmente, WALINE y PINTO en sus respectivos trabajos ya citados.

(18) Vid. artículo citado.

efectos «ex nunc», o sea, deben respetarse las situaciones jurídicas creadas al amparo del Decreto-Ley caducado o decaído. Así ocurría en Italia y en Francia antes de la entrada en vigor de sus nuevas Constituciones. La norma de la reciente Constitución italiana, que otorga a la falta de ratificación por el Parlamento del Decreto-Ley efectos derogatorios «ex nunc», ha sido por ello justamente criticada por la doctrina (19), pues debilita al Decreto-Ley en su propia esencia y dificulta su aplicación por el temor de los ciudadanos a que se elimine por el Parlamento, por su negativa a convertirlo en ley, la producción inmediata de efectos del Decreto-Ley.

III.—SOLUCIONES ADOPTADAS POR EL DERECHO EXTRANJERO.

Los sistemas de legislación delegada y del Decreto-Ley o de urgencia, se encuentran reconocidos prácticamente por todas las legislaciones modernas.

1) En Italia, aunque el Estatuto Albertino de 1848 no aludía en modo alguno a la decretación con valor legislativo, pudiendo afirmarse, por el contrario, que la prohibía en base a sus artículos 3 y 6, la práctica de la delegación legislativa comenzó a los tres meses de su entrada en vigor, aprobando el Parlamento la Ley de 2 de agosto de 1848, que concedía al Gobierno poderes extraordinarios para la guerra con Austria. Igualmente recurre el Gobierno desde el año 1853 (20) a la decretación de urgencia, haciendo gran uso de estas facultades excepcionales, sobre todo, a partir del comienzo del siglo actual.

La Ley de 31 de enero de 1926, promulgada durante la etapa de gobierno mussoliniano, contiene la primera regulación sistemática en Italia de los decretos con valor legislativo. Los admite en sus dos formas de Leyes delegadas, con el límite de que estén contenidas dentro del ámbito fijado por la ley de delegación, y de Decretos-Leyes —«en los casos extraordinarios en los que vengan exigidos por razones de urgente y absoluta necesidad»—, debiendo ser presentados en este último caso, bajo pena de decadencia, a las Cámaras para su conversión en ley no más tarde de la tercera sesión celebrada desde su publicación. La Ley de 19 de enero de 1939 limitó aún más las facultades del Rey para dictar Decretos-Leyes previa deliberación del Consejo de Ministros, no admitiéndolos sino en tres casos: guerra, medidas urgentes de carácter financiero o tributario, o inercia de las Cámaras, que no hubieran dado fin a su misión dentro de un plazo determinado.

Derrumbado el régimen fascista y proclamado el Príncipe Humberto

(19) Vid. CERETTI (ob. citada).

(20) Vid. FERRARI (ob. citada).

lugarteniente del Reino, promulga el Decreto-Ley de 25 de junio de 1944 por el que se atribuye valor legislativo a las disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros y sancionadas por el lugarteniente, otorgándolas el «nomen iuris» de «decretos legislativos». En virtud de esta delegación legislativa, así como de la posteriormente concedida por el Decreto legislativo de 16 de marzo de 1946, el Gobierno legisla mediante decretos legislativos hasta la entrada en vigor de la nueva Constitución en 1 de enero de 1948 (21). En ésta, finalmente, su art. 76 regula expresamente las leyes delegadas al disponer que «el ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado al Gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por tiempo limitado y para objetos determinados». Dentro de tales límites la delegación legislativa es válida. Igualmente se reconocen en el art. 77 los Decretos-Leyes, los cuales pueden ser promulgados por el Gobierno «en casos extraordinarios de necesidad y urgencia», debiendo ser presentados en el mismo día a las Cámaras para su conversión en ley, y si estuvieran disueltas, se convocan y reúnen con el expresado fin en el plazo de cinco días. Los Decretos-Leyes pierden su eficacia retroactivamente si en el término de sesenta días no son convertidos en Ley por el Parlamento; norma esta última ya criticada en otro lugar.

2) En Francia, los Decretos-Leyes —salvo los promulgados, como en todos los países, durante el tiempo en que la dirección de la vida política se halló a cargo de Gobiernos provisionales, fenómeno que tuvo lugar en los años 1848, 1851-1852 y 1870-1871— adquieren carta de naturaleza, bajo la forma híbrida, ya explicada, de leyes delegadas y Decretos-Leyes, pero con esta última denominación, a partir del año 1924, en virtud de sucesivas leyes de habilitación, convirtiéndose en el procedimiento normal legislativo durante los años siguientes al de 1934. En cualquier caso, las leyes de habilitación aprobadas durante este período por el Parlamento imponían al Gobierno límites al ejerci-

(21) Muchas opiniones existen en la doctrina italiana sobre la verdadera calificación jurídica que merecen los decretos emanados del Gobierno durante el período comprendido entre el 25 de junio de 1944 y la fecha en que comienza a regir la nueva Constitución. Para CROSA y BODDA (*Sulla costituzionalità del D. L. P. 22-6-1946 su prezzi del grano e di altri cereali del raccolto 1946 e su premi per anticipata trebbiatura*, en «Giur. ital.», diciembre 1946), no existe duda acerca de que el art. 4.º (en el que se establece la fórmula de la legislación por decreto) del D. L. 25-6-1944 constituye un caso de verdadera y propia delegación, sin que —a su juicio— se contradiga, por ello, el principio de separación de poderes, pues es compatible con él la admisión de la delegabilidad de las facultades legislativas del Gobierno en favor de sí mismo, en régimen de constitución provisional. Otros, como CERETTI (obra citada, pág. 240) hablan de «delegación impropia o especial», puesto que no fué conferida mediante ley formal sino en virtud de Decreto-Ley o de otro decreto legislativo. Finalmente, FERRARI (ob. citada), con gran lujo de argumentos, los considera como verdaderos decretos-leyes, pues, entre otras razones, es un absurdo admitir una delegación de poderes por el Ejecutivo en su propio beneficio.

cio de sus facultades de legislar mediante Decreto-Ley: en cuanto al objeto (es decir, respecto a materias determinadas), en cuanto al tiempo (delegándose tales facultades por tiempo fijo), en cuanto al procedimiento (exigiéndose en 1924 el doble examen del Decreto-Ley por el Consejo de Estado y por el de Ministros, y en las posteriores leyes de habilitación, la deliberación en Consejo de Ministros), y, finalmente, exigiendo del Gobierno la presentación del Decreto-Ley en breve plazo a la ratificación del Parlamento, so pena de ineficacia.

Con la instauración del régimen de Vichy desaparece el interés práctico de la distinción entre Ley y Decreto-Ley, pues el artículo 1.º del Acta constitucional núm. 2, de 11 de julio de 1940, confiere al Jefe del Estado «el ejercicio del poder legislativo». Además, no existía esta modalidad normativa, no reconociéndose sino las de leyes y decretos, diferenciadas, por otra parte, no subjetiva, sino sólo formalmente.

El 3 de junio de 1943 se constituye el «Comité Français de la Libération Nationale», convertido después en Gobierno provisional de la República, que concentró los poderes legislativos y ejecutivos hasta fines del año 1945, en que pasó el poder legislativo a la Asamblea Constituyente.

La nueva Constitución francesa de 1946 dedica a la materia su artículo 13, del siguiente tenor literal: «Únicamente la Asamblea Nacional vota la ley. Ella no puede delegar este derecho.» A primera vista, este texto prohíbe expresamente la posibilidad de acudir al procedimiento de legislar mediante Decreto-Ley, y tal fué la primera conclusión a la que llegaron los comentaristas (22). Sin embargo, la aprobación reciente por el Parlamento de la Ley de 17 de agosto de 1948, que concede amplias facultades al Gobierno en el campo económico y financiero, ha puesto en tela de juicio la anterior conclusión, y en tal camino, ROGER PINTO ha configurado a esta ley como un renacimiento del antiguo procedimiento de los Decretos-Leyes, sin que a ello se oponga el citado art. 13 de la Constitución, pues, a su juicio, las leyes de habilitación no implican una delegación de poder legislativo (23).

La práctica política francesa posterior ha venido a dar la razón a esta última tesis permisiva, pues bajo la denominación de «lois-cadres» han sido muy numerosas las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento al Gobierno.

3) *Inglaterra*.—Igualmente, en Inglaterra ha sido admitida, a partir de 1914, la legislación delegada («delegated legislation»), y en una medida que tal vez supera a la de muchos otros países con menos solera

(22) Vid. CERETTI y BALLADORE PALLIERI (obras citadas).

(23) Vid. *Revue du droit public*, 1946, págs. 517-545, y lo expuesto ya en este mismo artículo sobre la doctrina francesa en orden a la justificación de los decretos-leyes.

constitucionalista-liberal. Es una característica también del Reino Unido la especial habilidad del ejecutivo para habilitar fórmulas capaces de excluir la fiscalización jurisdiccional de su actividad legislativa, como se ha expuesto en otro lugar.

La primera ley de delegación fué la «Defence of the Realm Act», de 7 de agosto de 1914, aprobada con motivo de la primera gran guerra, otorgándose el poder al Rey en Consejo para dictar «regulations» con el objeto de «garantizar la seguridad pública y la defensa del Reino». A su amparo se promulgaron numerosas leyes delegadas, que dieron al traste en muchas ocasiones con las libertades públicas. El fin de la guerra no significó la desaparición de la legislación delegada, que continúa bajo la autorización de otras leyes de delegación. La «Restoration of order in Ireland Act» extendió respecto a Irlanda la facultad de dictar las «regulations» consentidas por la Ley de 1914; la «Emergency powers Act» del mismo año 1920 concedía al Gobierno iguales poderes que la de 1914, previa la declaración de crisis por aquél. Se hizo aplicación de esta ley con ocasión de huelgas provocadas por los trabajadores en 1921, 1924 y 1926. Además, multitud de leyes, durante este período, contuvieron delegaciones legislativas, más o menos amplias, en favor del Gobierno.

Entre los años 1929 y 1931 se desató una ruda campaña contra esta práctica de las leyes delegadas, que tuvo por voceros al Lord Chief Justice HEWART, a Sir JOHN MARRIOTT y a M. C. K. ALLEN, y cuya trascendencia fué de interés, sobre todo en relación con la supresión de la llamada «cláusula de Enrique VIII». La pausa, sin embargo, fué corta, y pronto se restableció, con su extensión anterior o mayor, la legislación delegada mediante la «National Economy Act» y la «Abnormal Importation Act». Así permanecieron las cosas hasta el año 1939, en que se promulga la «Emergency Powers (Defence Act)», el 24 de agosto, ante la amenaza de la nueva guerra mundial, otorgando al Gobierno poderes mucho más amplios que la similar de 1914, todavía más extendidos por la ley de igual título de 1940. A la terminación de la segunda guerra mundial, Inglaterra continúa sometida a delegaciones cada vez más extensas de funciones legislativas en el Gobierno, de las que es buena muestra la «Supplies and Services (Transitional Powers) Act», de 1945, que atribuye al Gobierno poderes especiales para asegurar durante el período de reconstrucción los servicios públicos esenciales, así como alimentación suficiente a precios razonables, publicándose en 1946 la «Statutory Instrument Act», que, ante el rango constitucional que va adquiriendo la legislación delegada en el Reino Unido, unifica sus normas (24).

(24) Vid. M. GARCÍA PELAYO, F. MURILLO y GAUDEMET en artículos y obras citadas, así como C. K. ALLEN: *Law and orders* (London, 1945), y Rofolfo BLEDEL, en *Introducción al estudio del Derecho público anglosajón* (Buenos Aires, 1947).

Los Decretos-Leyes son, en cambio, desconocidos por el Derecho inglés, lo cual no es obstáculo para que en los casos en que imperiosas necesidades lo han exigido, el Gobierno se haya arrogado funciones legislativas bajo su entera responsabilidad. Los actos así emanados son ilegales; pero el Parlamento puede exonerar al Gobierno de responsabilidad política si aprecia que no existe abuso indebido de funciones, mediante la aprobación de un «bill» de indemnidad.

4) *Estados Unidos*.—En el régimen presidencialista de Estados Unidos corresponde, desde luego, al Presidente el poder reglamentario —«ordinance making power»—, que ha originado un copioso ordenamiento jurídico-administrativo («administrative legislation»).

Pero también las leyes delegadas tienen realidad en los Estados Unidos, donde se acostumbra a reconocer al Presidente un «statutory power», derivado de una especie de delegación legislativa verificada en su favor por el Congreso en los períodos de crisis.

Ahora bien, tal poder ha sido siempre tachado de inconstitucional por la Corte Suprema, que ha anulado por este motivo en 1935 diversas leyes de delegación aprobadas por el Congreso, por considerarse contrarias al principio de separación de poderes formulado por la Constitución. Por esta razón es dudoso que pueda hablarse en los Estados Unidos de una admisibilidad general de las leyes delegadas al ejemplo de Inglaterra. La validez de tales leyes sólo prevalece mientras no es apreciada por el poder judicial la inexistencia de una verdadera y propia delegación legislativa, declarándose nulas por inconstitucionales en pareja hipótesis.

5) *Otros países*.—Los decretos con valor legislativo, en su doble formulación de leyes delegadas y Decretos-Leyes, vienen admitidos por otras muchas Constituciones políticas. En Portugal, el art. 109, núm. 3, de la Constitución de 1935, otorga al Gobierno en los casos de urgencia y necesidad públicas la facultad de dictar Decretos-Leyes, con la reserva de solicitar la ratificación de la Asamblea Nacional en los cinco primeros días después de la apertura de la primera sesión anual (26).

Igualmente se admiten, con gran precisión técnica, en las nuevas Constituciones alemanas de la postguerra última. Así en las Constituciones de Baviera de 1946 (art. 55); en la de Hesse-Nassau del mismo año (el art. 93 se refiere a las Ordenanzas de necesidad, y el 100, a las leyes delegadas); en la de Würtemberg-Hohenzollern de 1948 (art. 50); en la de Rhenania-Palatinado (arts. 111-112); en la de Würtemberg-

(25) Vid. M. GARCÍA PELAYO (ob. citada) y Giam Battista Rizzo, en *La Repubblica Presidenziale* (Roma, 1944, págs. 148-150).

(26) Vid. F. I. PEREIRA DOS SANTOS: *La Constitución social y política portuguesa*, Madrid, 1945, pág. 203.

Baden (arts. 79 y 80). En la de Baden, por el contrario, de 2 de abril de 1947, se prohíbe expresamente, en su art. 91, a la Dieta delegar el ejercicio de las funciones legislativas en el Gobierno.

En las Constituciones soviética y en las filosoviéticas aprobadas en la última postguerra (Rumania, Yugoslavia, Bulgaria, Checoslovaquia y Hungría) es ignorada la institución de los decretos con valor legislativo, con la única excepción de Polonia, donde la Ley constitucional de 19 de febrero de 1947 los regula con rara perfección en su art. 4.º (27).

En Alemania, durante el régimen nacional-socialista, la Ley de Habilitación de 24 de marzo de 1933 otorgó al Führer la potestad de promulgar leyes del Reich, es decir, el poder legislativo, así formal como material. No obstante, aquella ley conservó expresamente los procedimientos legislativos establecidos por la Constitución de Weimar, y entre ellos, la facultad de dictar Ordenanzas de necesidad, prevista en su artículo 48. R. BONNARD (28) estima, sin embargo, que dicha norma se hallaba tácitamente derogada: de un lado, por envolver la idea de un poder dictatorial, en contradicción con el principio de la Führung; de otro, porque la Führung representaba un poder mucho más eficaz que la potestad de dictar Ordenanzas de necesidad.

IV.—EL PROBLEMA DE LOS DECRETOS CON VALOR LEGISLATIVO EN ESPAÑA.

Si se quisiera establecer el balance de la situación histórica y actual de los decretos con valor legislativo en el Derecho comparado, tal como resulta del examen verificado en las páginas que anteceden, sería lógico concluir que aquéllos, en una u otra de sus dos formas —Decretos-Leyes y Leyes delegadas—, o en ambas, con características más o menos coincidentes con las que doctrinalmente tipifican la institución, con una rigidez o elasticidad bien diversa en los distintos países, según el grado de libertad que impliquen para la Administración como sujeto activo, si bien excepcional, de facultades legislativas, se han consolidado como una institución estable en la mayoría de las Constituciones políticas extranjeras.

No podía ser España una excepción a este principio general. Los decretos con valor legislativo tienen vida en el Derecho patrio desde mediados del siglo pasado, si bien la forma más utilizada ha sido y es la del Decreto-Ley.

Para el examen de los decretos con valor legislativo en nuestro Derecho, adoptaremos la fecha de 17 de julio de 1942, en que fueron crea-

(27) Vid. C. OLLERO: *El Derecho constitucional de la postguerra*, Barcelona, 1949.

(28) Vid. ob. citada.

das las Cortes españolas, para estructurar en dos partes nuestro estudio, pues dicha fecha señala la divisoria entre lo que es pasado histórico del problema y lo que constituye su regulación actual.

1) *Los decretos con valor legislativo hasta la instauración de las Cortes españolas en 17 de julio de 1942.*—Los primeros precedentes en España de los decretos con valor legislativo pertenecen a los períodos en que, falto el país de una Constitución, los Gobiernos provisionales, rectores durante ellos de la vida política, se arrogaron la facultad de legislar por medio de decretos o de Decretos-Leyes. Lo usual también en estos casos fué que, reanudada la normalidad parlamentaria, las Cortes ratificasen o convalidasen, mediante una ley, los decretos o Decretos-Leyes dictados por el Gobierno en los períodos excepcionales antes indicados. Así ocurrió con la legislación por decreto emanada del Gobierno provisional instaurado como consecuencia de la revolución de 19 de septiembre de 1868, que fué ratificada por las Cortes con fuerza de ley, bajo el imperio de la Constitución de 1869, por la Ley de 19-20 de junio de 1869. Otro tanto puede decirse de los decretos promulgados por el Ministerio de Hacienda desde el año 1873, en que Don Amadeo de Saboya renunció a la Corona española, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1876, los cuales, en número de 72, fueron elevados a rango de ley por la de 17 de julio de 1876 (29).

Sin embargo, la práctica de los Decretos-Leyes no se generalizó en nuestra Patria hasta la primera mitad del siglo actual, en la que, durante los años de gobierno del Directorio presidido por el General Primo de Rivera, fué el único procedimiento legislativo conocido en el país. El origen legal de esta fórmula de legislación excepcional se encuentra en el R. D. de 15 de septiembre de 1923, que atribuyó al Presidente del Directorio Militar el poder de proponer al Rey decretos «que tendrán fuerza de ley ínterin en su día no sean modificados por leyes aprobadas por las Cortes del Reino» y sometidas a la Real sanción (art. 1.º del Real Decreto).

A la proclamación de la segunda República, en el año 1931, y hasta el establecimiento de la nueva legalidad constitucional con la aprobación de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, el Gobierno continúa legislando mediante Decretos-Leyes, de los que merece destacarse el Decreto-Ley de 15 de abril de 1931, por el que se ordenó a cada De-

(29) No se citan las Leyes de 2 de enero de 1877 y de 6 de julio de 1898 que dieron fuerza de ley —la primera a cuatro decretos y una circular y la segunda a un decreto— a diversas disposiciones emanadas del Gobierno y relativas a materias reservadas normalmente al poder legislativo, pues la naturaleza de estas últimas es más bien la de actos ilegales de la Administración, los cuales, como dictados en situaciones de normalidad constitucional, sólo adquirieron valor de ley al ser convalidados por las Cortes con características muy similares a la que es propia de los «bills» ingleses de indemnidad.

partamento ministerial que procediera a revisar la obra legislativa de la Dictadura, clasificando los Decretos-Leyes promulgados por la misma en alguna de las cuatro categorías de «derogados», «totalmente anulados», «reducidos al rango de preceptos meramente reglamentarios» o «subsistentes».

La Constitución republicana de 1931 elevó por primera vez en España a rango constitucional la posibilidad de que el Gobierno participara en el ejercicio de las funciones legislativas mediante la promulgación de Decretos-Leyes. La regulación estaba contenida en su art. 80, en el que textualmente se dispuso que «cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno, y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República. Los decretos así dictados tendrán sólo carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia». Claramente se desprende de este artículo la timidez con que los constituyentes republicanos se pronunciaron sobre esta facultad de la Administración que se reconoció al Presidente de la República, pero rodeándola de tal número de cortapisas, que su utilidad quedó muy debilitada. Tales limitaciones fueron las siguientes:

a) Acuerdo unánime y propuesta consecutiva del Gobierno.

b) La existencia de circunstancias excepcionales que autorizaran este procedimiento legislativo excepcional.

c) El conocimiento y aprobación del poder legislativo, que se produce en dos diversos momentos: con carácter previo a la promulgación del Decreto-Ley, mediante la aprobación del mismo con dos tercios de mayoría por la Diputación permanente de las Cortes (30), y con posterioridad a su vigencia, a través de la elevación a ley del Decreto-Ley, o su modificación o derogación por el Congreso; y

d) Que el Congreso no se encontrara reunido.

A tal situación puso fin el Movimiento Nacional, con el que se inicia un período en el que por imposición de la coyuntura histórica pierde todo valor el principio político de separación de poderes que, con algunas alternativas, había permanecido vigente desde el año 1812, y asumen todos los poderes del Estado, primero la Junta de Defensa Nacional (31) y más tarde el Jefe del Estado español, Generalísimo Franco (32).

(30) Especie de Comisión Permanente de las Cortes designada por ellas mismas, presidida por el Presidente del Congreso y compuesta de 21 representantes de las distintas fracciones políticas, en proporción a su fuerza numérica (art. 62 de la Constitución).

(31) Constituida por Decreto de 24 de julio de 1936.

(32) En virtud del Decreto de 29 de septiembre de 1936.

La distinción entre leyes y Decretos-Leyes, si bien únicamente respecto al contenido de unas y otros subsiste en la Ley de 1 de octubre de 1936 (33), desapareciendo posteriormente de nuestra técnica jurídica el término y el concepto del Decreto-Ley con la Ley de 30 de enero de 1938 y manteniéndose esta misma situación hasta la promulgación de la Ley de 17 de julio de 1942, por la que, una vez consolidada la victoria de las armas, se da un paso fundamental en el proceso de institucionalización del nuevo Estado español.

* * *

En cuanto a las leyes delegadas o decretos legislativos (34) sus primeras manifestaciones en España tienen lugar con motivo de la publicación de Códigos legales (35).

Y es sólo la Constitución republicana de 1931 la que les confiere carta de naturaleza general en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que hizo con los Decretos-Leyes. Viene regulada esta materia en su artículo 61, según el cual «el Congreso podrá autorizar al Gobierno para que éste legisle por decreto, acordado en Consejo de Ministros, sobre materias reservadas a la competencia del Poder legislativo. Estas autorizaciones no podrán tener carácter general, y los Decretos dictados en virtud de las mismas se ajustarán estrictamente a las bases establecidas por el Congreso para cada materia concreta. El Congreso podrá reclamar el conocimiento de los decretos así dictados, para enjuiciar sobre su adaptación a las bases establecidas por él. En ningún caso podrá autorizarse, en esta forma, aumento alguno de gastos». Este artículo, sustancialmente de acuerdo con las exigencias doctrinales más autorizadas en torno a la legislación delegada, dejó de regir con la propia Constitución que le contenía al advenimiento del Movimiento Nacional,

(33) Vid. J. GASCÓN Y MARÍN (artículo y lugar citados).

(34) Entre las dos expresiones preferimos la segunda o la de «Decretos con fuerza de ley», pues se halla más de acuerdo con su naturaleza jurídica: es un Decreto al que se atribuye un valor normativo excepcional superior jerárquicamente en un grado al que le es propio. Si utilizamos con frecuencia la de «ley delegada» es en razón a su arraigo en la doctrina, de un lado, y de otro, porque la naturaleza jurídica de la institución depende, en realidad, del plano desde el cual sea contemplada: formalmente, el «decreto legislativo» es un decreto; desde el punto de vista de su eficacia, es una ley.

(35) Baste recordar a este respecto que nuestro fundamental cuerpo legal, el Código civil español, fué publicado mediante los Reales Decretos de 6 de octubre de 1888 y 24 de julio de 1889 (primera y segunda edición reformada, respectivamente), como consecuencia de haber triunfado en el seno del poder legislativo el sistema de la Ley de Bases tan ardorosamente defendido en las Cortes por ALONSO MARTÍNEZ y que se concretó en la aprobación de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que originó la publicación antecitada de nuestro Código civil. Otro tanto puede decirse de la vigente Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, por no citar más ejemplos.

sin que desde dicha fecha y en el período que estudiamos existan ejemplos, como es fácil deducir, de esta modalidad del ejercicio de facultades legislativas por la Administración.

2) *Legalidad establecida por la Ley de creación de las Cortes españolas de 17 de julio de 1942.*—La situación anteriormente expuesta queda sustancialmente modificada con la creación de las Cortes españolas por la Ley de 17 de julio de 1942 (36). Esta ley, que ha sido elevada a ley fundamental del Estado español —y en cuanto tal integrante de la vigente Constitución política española— por la de «sucesión en la Jefatura del Estado» de 26 de julio de 1947 (37), instaura una regulación nueva de la actividad legislativa en España, que se desarrolla con arreglo a las siguientes bases esenciales:

A) El Poder legislativo continúa atribuido íntegramente al Jefe del Estado. La coronación victoriosa de la Guerra de Liberación española se hallaba todavía muy próxima en el tiempo; y muy próximo en el espacio, por otra parte, el último conflicto bélico universal, para que el Jefe del Estado abandonara el poder supremo de aprobar las leyes, en el que se concentra, en definitiva, la dirección política del Estado.

Así resulta del artículo 1.º de la Ley de Cortes («Es misión principal de las Cortes la preparación y elaboración de las leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado»); del art. 16 («El Presidente de las Cortes remitirá el proyecto de ley elaborado por las Cortes al Gobierno para ser sometido a la aprobación del Jefe del Estado»), y del párrafo tercero del Preámbulo que precede a la parte dispositiva de la citada ley en el que claramente se razona el alcance de la nueva institución que surge en la realidad política española de la siguiente forma: «Continuando en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, en los términos de las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, el órgano que se crea significará, a la vez que eficaz instrumento de colaboración en aquella función, principio de autolimitación para una institución más sistemática del Poder.»

B) Como lógico corolario de la anterior, no existe obstáculo legal alguno para que, aun después de la creación de las Cortes españolas, el Jefe del Estado promulgue por sí mismo leyes formales sin la intervención previa de las Cortes (38).

(36) «B. O. del E.» del 19.

(37) «B. O. del E.» del 27.

(38) De este poder se ha hecho uso por el Jefe del Estado al promulgar las Leyes de 22 de octubre de 1945 («B. O.» del 24), por la que se instituye el referéndum, y de 9 de marzo de 1946, en la que se modifican determinados artículos de la Ley de 17 de julio de 1942, constitutiva de las Cortes.

C) Se establece un procedimiento legislativo normal y otro excepcional (39):

a) El primero, está constituido por la aprobación por las Cortes del proyecto o proposición de ley como requisito previo a su aprobación definitiva por la Jefatura del Estado (arts. 1.º y 15 de la Ley de Cortes). De acuerdo con la esencia de dicho procedimiento, se halla la fórmula utilizada para la promulgación de las leyes —«De conformidad con la propuesta elevada por las Cortes españolas, dispongo»— a la que sigue la firma del Jefe del Estado.

b) El segundo, se concreta en la posibilidad de dictar Decretos-Leyes en casos de guerra o por razones de urgencia.

Es esta última vía legislativa excepcional la que acota nuestro campo de investigación. Se halla regulada la materia por el artículo 13 de la Ley de Cortes, que ha sido objeto de dos sucesivas formulaciones en el tiempo que es preciso distinguir. En su primitiva redacción disponía textualmente dicho artículo que «en caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias reguladas en los artículos 10 y 12 (40). Acto continuo de la promulgación del Decreto-Ley se dará cuenta del mismo a las Cortes para su estudio y elevación a ley con las propuestas de modificación que, en su caso, se estimen necesarias».

He aquí un esquema normativo de la decretación de urgencia ajustado en sus líneas esenciales a los principios comunmente aceptados por el Derecho constitucional contemporáneo: se justifica el procedimiento en la concurrencia de circunstancias extraordinarias, cuales son la guerra o la urgencia —término ésta tal vez excesivamente amplio por el indefinido margen de discrecionalidad que concede al Gobierno—; la competencia para su emanación se atribuye al Gobierno; revisten la forma de decretos; se establece, en fin, la ratificación o convalidación del Decreto-Ley, previéndose incluso la posibilidad de que el Decreto-Ley sea modificado al efectuarse su conversión en ley.

Sin embargo, esta normativa de los Decretos-Leyes fué modificada por la Ley de 9 de marzo de 1946, que dió al citado art. 13 de la Ley de Cortes su redacción actual del tenor literal siguiente: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular, mediante Decreto-Ley, las materias enunciadas en los artículos 10 y 12. Acto

(39) Existe, además, en España un especial procedimiento cuando se trata de modificar o derogar las leyes definidas como fundamentales por la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, constituido por la exigencia de quórum especial en las Cortes y referéndum de la nación: artículos 10 y 15; lo que permite calificar de rígida a la Constitución española.

(40) Definen, respectivamente, estos artículos los actos o leyes cuyo conocimiento corresponde al Pleno o a las Comisiones de las Cortes.

continuo de la promulgación del Decreto-Ley, se dará cuenta del mismo a las Cortes.» El alcance de la modificación resalta claramente: se suprime el trámite de ratificación del Decreto-Ley, el cual alcanza plena eficacia de ley formal desde el momento mismo de su promulgación, sin que se exija ningún otro requisito posterior para su validez. Desde el punto de vista doctrinal, y dejando a un lado las razones políticas e internacionales que hayan podido motivar la reforma, pueden ser discutibles sus efectos: instituídas las Cortes españolas con el carácter de «órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado» (artículo 1.º de la Ley de Cortes), ocurre que, al eliminarse su intervención posterior en la convalidación de los Decretos-Leyes, quedan sustraídas a su examen e iniciativas (con transcendencia en la práctica a través de la fórmula de la presentación y aprobación de enmiendas) las medidas acordadas por el Gobierno en los supuestos de excepcionalidad que legitiman la decretación de urgencia. Cierto es que, como a continuación se expondrá, el Gobierno ha usado hasta el presente de sus facultades de emanar Decretos-Leyes moderadamente y sin incurrir en arbitrariedades o abusos de poder; pero no es menos cierto el peligro de abuso que entraña, en el terreno de los principios, la supresión de cualesquiera medios de fiscalización del Poder legislativo, o en el caso particular de España, de la opinión pública, materializada en las Cortes españolas, sobre el ejercicio excepcional de funciones legislativas por el Gobierno; máxime, cuando las Cortes españolas se configuran como un órgano de participación fundamental en el procedimiento legislativo ordinario.

Completaremos nuestro trabajo con algunos datos estadísticos que acreditan la prudencia de que ha dado muestras el Gobierno español en el ejercicio de las facultades extraordinarias que en orden a la decretación de urgencia le confiere el art. 13 de la Ley de Cortes; prudencia y mesura que se manifiestan tanto en el aspecto cuantitativo —número de Decretos-Leyes promulgados en relación con el de leyes— como en el cualitativo —existencia efectiva de razones de urgencia que autoricen al Gobierno para recurrir al procedimiento legislativo del Decreto-Ley (41).

(41) Estos datos han sido obtenidos mediante el examen de los «Boletines Oficiales del Estado» en que han sido publicadas, tanto las leyes como los decretos-leyes. Por ello, las fechas que se tomen como punto de partida son las de publicación en el «B. O. del E.» y no las de promulgación de la disposición de rango legal de que se trate.

La investigación comienza en el mes de julio de 1943, por no aparecer hasta entonces publicadas en el «B. O. del E.» leyes elaboradas por las Cortes, fenómeno fácilmente comprensible si se tiene en cuenta que las Cortes, aunque creadas en 17 de

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA POR EL GOBIERNO

Desde el primer punto de vista el resumen estadístico del número de leyes y Decretos-Leyes publicados en el «B. O. del E.» desde el 1 de julio de 1943 hasta el 31 de diciembre de 1951, se concreta en las siguientes cifras:

ANOS	LEYES	DECRETOS-LEYES
1943 (desde 1 de julio)	119	—
1944	150	5
1945	127	16
1946	260	23
1947	210	29
1948	164	20
1949	133	34
1950	120	46
1951	140	50
TOTALES	1.423	223

De las que resulta que el porcentaje de utilización de la vía legislativa excepcional del Decreto-Ley en relación con la normal y ordinaria de la ley se eleva sólo a un 15 por 100, aproximadamente, si bien se acusa un peligroso aumento de la decretación de urgencia en los dos últimos años.

Más difícil, por no decir imposible, se hace el análisis cuando se considera cualitativamente el problema de la legislación por Decreto-Ley del Gobierno, pues las razones de necesidad o urgencia pueden existir de hecho, aunque para el observador externo al Gobierno parezcan dudosas. Existen, en efecto, supuestos claros en los que la urgencia de las medidas adoptadas mediante Decreto-Ley es evidente. Así, por ejemplo, en los Decretos-Leyes por los que se conceden beneficios excepcionales a poblaciones, empresas o ramas de la producción en atención a catástrofes, calamidades públicas, accidentes naturales perjudiciales sufridos, etc. (42); cuando se regulan por Decreto-Ley materias sobre las que está en estudio por el Gobierno o por las Cortes el oportuno proyecto de ley sin que puedan permanecer en el ínterin faltas de normativa legal (43); cuando la urgencia viene impuesta por perturbaciones repe-

julio de 1942, tuvieron que atravesar un período de organización (preparación y aprobación del Reglamento de Cortes, elección y designación de Procuradores) antes de comenzar a desarrollar efectivamente sus funciones características.

(42) Ver Decretos-Leyes de 3 agosto 1945; 1 febrero, 8 marzo, 3 mayo, 20 septiembre y 15 noviembre 1946; 18 agosto, 2 septiembre, 14, 17 y 24 octubre, 7 y 21 noviembre 1947; 4 junio, 29 octubre, 26 noviembre, 3 y 17 diciembre 1948; 25 febrero, 22 y 9 abril, 1 y 5 julio, 23 diciembre 1949.

(43) Ver Decretos-Leyes de 18 diciembre 1943; 24 enero, 25 julio y 30 diciembre 1944; 18 junio y 20 noviembre 1945; 28 junio, 26 julio, 9 agosto 1946; 17 y 24 julio, 7 noviembre y 19 diciembre 1947; 15 julio 1949. En el mismo sentido D.-L. so-

tidas del orden público (44) o por razones inaplazables de orden económico o financiero (45), o, en fin, por atenciones militares de carácter reservado (46). En cambio, la calificación de la urgencia no aparece externamente en otros casos en los que viene impuesta por la oportunidad o necesidad política y es difícil de apreciar en aquellos otros en los que objeto del Decreto-Ley es el establecimiento de normas orgánicas y definitivas sobre una materia determinada (47).

* * *

En cuanto al problema de la admisibilidad de las leyes delegadas en el régimen jurídico-constitucional español no hay duda de que en rigurosos términos de derecho habría que inclinarse por la solución negativa, pues concentrados por el Jefe del Estado los supremos poderes legislativo y ejecutivo resultaría contradictorio e incluso intrascendente una delegación de atribuciones legislativas del legislador en favor de sí mismo.

Sin embargo, es lo cierto que en la práctica política española se dan ejemplos de legislación delegada. En los Decretos-Leyes de 21 de febrero y 24 de julio de 1947, así como en el de 19 de enero de 1951 (artículos 4.º del primero y 3.º y 1.º del segundo) se contienen autorizaciones al Gobierno para que modifique mediante decreto otras disposiciones de rango jerárquico legal, bien sean leyes o Decretos-Leyes (48).

Finalmente, terminamos la exposición haciendo constar que también durante este período continúa en nuestro Derecho la práctica de promulgar el Gobierno, como una de las modalidades de las leyes delegadas o decretos legislativos en su sentido propio y técnico, textos refundidos mediante decreto, de acuerdo con autorizaciones conferidas en su favor por ley formal (49).

bre concesión de créditos extraordinarios 2 y 16 noviembre 1945; 7 diciembre 1945, 24 marzo 1950, etc.

(44) Ver Decreto-Ley 18 abril 1947.

(45) Ver Decretos-Leyes de 5 julio y 2 noviembre 1945; 18 agosto, 2 septiembre, 14 noviembre y 26 diciembre 1947; 2 abril 1948; 14 octubre 1949, 26 mayo y 20 junio 1950, etc.

(46) Ver Decreto-Ley de 7 diciembre 1945.

(47) Ver Decretos-Leyes de 31 de mayo, 27 septiembre 1946; 7 marzo y 17 julio 1947; 9 julio y 19 noviembre 1948; 11 marzo 1949, etc.

(48) Publicados, respectivamente, en los «Boletines Oficiales del Estado» de 8 de marzo y 1 agosto 1947, y 7 febrero 1951.

(49) Como ejemplos pueden citarse los Decretos de 23 diciembre 1944 y 8 febrero 1946, por los que se aprueban los textos refundidos del Código penal y de la Ley Hipotecaria, respectivamente, de conformidad con las autorizaciones otorgadas al Gobierno por Leyes de 19 julio y 30 diciembre 1944. En igual caso se encuentra el Decreto de 16 diciembre 1950, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Local, respecto a la Ley de Bases de 17 julio 1945.