LOS DECRETOS-LEYES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

POR

JOSÉ EUGENIO SORIANO

SUMARIO: 1. CARÁCTER DE LOS DECRETOS-LEYES EN EL CUADRO DE NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN.—2. LA URGENCIA.—3. CONTROL DE LA URGENCIA.—4. LA EXCLUSIÓN DE DETERMINADAS MATERIAS COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE EMANAR DECRETOS-LEYES. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—5. NATURALEZA DE LOS DECRETOS-LEYES.—BIBLIOGRAFÍA.

El tema de los decretos-leyes es, actualmente, uno de los más debatidos, no sólo por la doctrina, sino que se encuentra en el centro de un importante debate político, que ha saltado más allá de los silenciosos muros de las Facultades, para pasar a interesar de una manera inmediata al ciudadano medio.

De ahí que nos parezca oportuno sistematizar la posición que nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado ya sobre algunos de los problemas que, indudablemente, van a tener lugar a propósito del debate aludido.

En este sentido, hay que señalar que la problemática referida a los decretos-leyes ha sido ya tratada por nuestro Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias, que han aclarado algunos de estos temas, si bien, hemos de indicar que se desprende del estudio de ambas sentencias una cierta evolución, que intentaremos poner de manifiesto, y que permite destacar el carácter vivo que necesariamente tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los aspectos más importantes son posiblemente los siguientes:

1. CARÁCTER DE LOS DECRETOS-LEYES EN EL CUADRO DE NORMAS DE LA CONSTITUCIÓN

Prescindiendo ahora de los aspectos teóricos, dado el carácter estrictamente jurisprudencial, de este trabajo, entendemos que se ha producido una importante variación en la posición con que debe acu-

dir el intérprete frente a los decretos leyes al variar, quizá sensiblemente también, la posición misma del Tribunal.

En efecto, en la primera sentencia, de 31 de mayo de 1982 («BOE» número 53, de 28 de junio), prima, a nuestro entender, el carácter excepcional que han de ocupar tales instrumentos normativos, dentro del cuadro general de medios previstos en nuestra Constitución.

En esta sentencia, en el fundamento primero, el Tribunal, tras señalar que las consecuencias del artículo 66 de la Constitución conlleva «el reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario», y la «primacía de la ley», añade: «El Gobierno podrá dictar normas con rango de ley..., en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad (decretos-leyes), pero esta posibilidad se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario...».

Pues bien, en la segunda sentencia, número 6/1983, de 4 de febrero («BOE» de 9 de marzo), este carácter excepcional queda diluido sin perjuicio de insistir en la existencia de estrictos límites a la emanación de los decretos-leyes, que como tales límites, en la primera de las sentencias se hacían derivar, precisamente, de ese carácter excepcional.

Ahora, por el contrario, se afirma, desde luego, la existencia de tales límites, pero teniendo en cuenta que se conectan, sin más, a la directa redacción del artículo 86 de la Constitución española, categorizándose, además, de «solución flexible», flexibilidad ésta en la que luego (fundamento séptimo) insistirá el Ponente, y que aplicará, además, a la descripción de la situación de urgencia.

En efecto, como señala sobre este punto la sentencia: «De este modo, nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada, respecto del fenómeno del decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes; no se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta.»

Puede ya aquí observarse un cambio importante en la posición del Tribunal. En la primera sentencia, se parte del carácter rigurosamente excepcional del decreto-ley, en el que abunda posteriormente también esta primera sentencia, más adelante en el mismo fundamento primero, cuando señalaba que: «Tales requisitos, en cuanto a los decretos-leyes, están recogidos en la Constitución española, configurando tres bloques definidos: A) la exigencia de que el decreto-ley se dicte

exclusivamente para afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad.»

Si lo comparamos con la afirmación anterior de la segunda sentencia, podemos extraer como conclusión que la jurisprudencia se mueve en un contexto más amplio, en cuanto a su concepción del uso que puede hacerse de este instrumento normativo, lo cual queda corroborado si observamos cómo el Tribunal señala a continuación: «Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso *para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual* siempre que su utilización se realice bajo *ciertas* cautelas.»

Se observa, pues, con facilidad, cómo frente a la más ortodoxa y clásica posición mantenida en la primera sentencia, el Tribunal considera que el decreto-ley es un instrumento útil, no sólo en situaciones realmente urgentes, sino que, dentro de estas «ciertas» cautelas, la situación de referencia ha de ser urgente, pero sin la carga de rigurosa excepcionalidad con que se configuraba en la primera sentencia. Sin convertirse en un instrumento alternativo al legislador ordinario, lo cierto es que a partir de esta segunda sentencia, queda enormemente facilitada la emanación de los decretos-leyes, en comparación con las rigurosas cautelas que se exigían de acuerdo con la primera. Ello nos lleva a examinar, precisamente, como segunda variación en esta jurisprudencia, el concepto de urgencia como presupuesto habilitante de la emanación de decretos-leyes.

2. La urgencia

Desde una perspectiva muy general, hay que señalar que no deberían existir grandes dificultades en orden a definir qué sea urgente, ya que si examinamos el artículo 86 de la Constitución española, que habla de «extraordinaria y urgente necesidad», tendrían que darse todos estos requisitos simultáneamente, de suerte que no se daría este concepto en su plenitud si nos encontráramos ante casos de «ordinaria y urgente oportunidad», o de «extraordinaria y común necesidad» o de «extraordinaria y urgente oportunidad», ya que en tales supuestos no se conjugan, teóricamente al menos, los tres requisitos exigidos por la Constitución, para habilitar un caso indiscutido de producción de decretos-leyes; y más concretamente, por lo que se

refiere a la problemática de la urgencia, habría que señalar que considerada en términos lingüísticos, supone una situación perentoria e inminente, capaz de provocar en sí misma una actuación indispensable que apremie imperativamente, y exija su cobertura normativa.

Pues bien, sobre el tema de la urgencia, no se ha producido, *ictu oculi*, un cambio en la posición del Tribunal Constitucional. No obstante ello, podemos afirmar que si no se trata de un cambio en sentido estricto, sí cabe afirmar que se ha matizado este punto, y que ha sido hecho desde una perspectiva ampliatoria del concepto «urgencia», de suerte que a partir de la segunda sentencia se fortalece la posición del Ejecutivo en esta materia.

En efecto, en la primera sentencia ya se calificaba toda la posibilidad de emanar los decretos-leyes como una excepción al procedimiento legislativo ordinario, excepción basada en razones de urgencia, destacándose que tal urgencia exclusivizaba la posibilidad de emanar tales decretos-leyes, y que como límite a tal posibilidad, se encontraba la de que esta situación urgente y extraordinaria no pudiera ser atendida por la vía del procedimiento de urgencia (límite que se continúa exigiendo actualmente).

En la segunda sentencia se profundiza en esta línea de liberalización del concepto de urgencia, al señalarse que «... la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un grave peligro para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud, como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes». Y para ello, esta segunda sentencia se apoya en dos consideraciones: «Por una parte, el que nuestra Constitución separe el tratamiento de las situaciones que pueden considerarse como de extraordinaria y urgente necesidad que dan lugar a estados de alarma, excepción y sitio, que define el artículo 116 y que regule, en cambio, en otra sede sistemática diferente, la necesidad justificadora de los decretos-leyes; y por otra parte, el hecho de que el ámbito de actuación del decreto-ley

como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo mediante una lista de excepciones. *Por todo ello hay que concluir que la utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que por circunstancias difíciles o imposibles de prever requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta.*»

Puede observarse cómo en esta segunda sentencia se establece una ampliación de los supuestos aplicativos del concepto de urgencia.

De una parte, se establece una aceptable flexibilidad interpretativa en el concepto, ya que se insiste en la necesidad de entenderlo «con mayor amplitud» que el caso arquetípico de «peligro grave para el sistema constitucional o el orden público». Además del supuesto, enormemente esclarecedor, del caso «en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta».

En suma, entendemos que se va afirmando una línea de ampliación sobre el concepto de urgencia, que pasa a ser utilizable no sólo para casos realmente graves, sino simplemente necesarios, en atención a las circunstancias, muy especialmente las de carácter económico, tal como ilustra precisamente esta segunda sentencia, dictada en un momento totalmente alejado de la crispación, que pudiera pensarse que ha de existir en el tratamiento que merezcan otros asuntos.

3. Control de la urgencia

Resultan en gran parte coincidentes las dos sentencias, en el aspecto referido al control de la urgencia, donde la segunda sentencia se remite en parte a la primera.

En esta primera sentencia, el Tribunal Constitucional había señalado que... «el aseguramiento de estos límites (los que la Constitución española impone a los decretos-leyes), la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución es, evidentemente, función propia de este Tribunal Constitucional». Y en esta línea, reconoce que «el peso que en la apreciación de lo que haya

de considerarse urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbre la dirección explícita del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal Constitucional, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del decreto-ley adecuado a la Constitución».

Y añade en este sentido el Tribunal Constitucional a continuación: «El Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento de urgencia», y sobre este punto, insiste la segunda sentencia al señalar que: «la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender... sino que hay que entenderla con mayor amplitud, como necesidad relativa... que por razones difíciles de entender requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.»

Por tanto, en ambos casos se confirma que límite a la consideración de lo que sea o no sea urgencia es la disponibilidad de tiempo, mediante un cálculo consistente en saber si pudo tramitarse por el procedimiento legislativo de urgencia. Pero en todo caso, conviene insistir en que el Tribunal Constitucional es perfectamente competente para entender lo que sea o no sea urgencia, que como tal concepto jurídico indeterminado tiene unos límites, traspasados los cuales nos encontramos sin más ante la arbitrariedad o el abuso; lo que supone en este caso la inconstitucionalidad.

A efectos de los medios de control que el Tribunal Constitucional puede utilizar, hay que recordar que son coincidentes ambas sentencias en señalar que, para conocer si es perfectamente legítima la producción de un decreto-ley, hay que establecer un doble parámetro. En primer lugar comprobar si no se han incluido en el campo de normación de tal decreto-ley determinadas materias (luego estudiaremos más detenidamente este punto); y, en segundo lugar, establecer la «conexión entre esta facultad legislativa excepcional y la existencia de un presupuesto habilitante concreto: el caso de extraordinaria y urgente necesidad» (primera sentencia); como señala la segunda sentencia... «corresponde a este Tribunal el examen de la constituciona-

lidad o inconstitucionalidad formal de la norma, lo que ha de realizarse a través de dos vías: el ajuste de la misma en concreto a la relación genérica de materias que el decreto-ley puede comprender; y la observancia de la relación de adecuación entre la respuesta normativa dada a la situación motivadora y la urgencia que la justificó, pues, aunque la observancia de los límites genéricos del artículo 86 de la Constitución pueda haber existido y el Congreso de los Diputados pueda haber homologado el decreto-ley, siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada, como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho.»

El Tribunal Constitucional controla, pues, tanto los medios, la relación entre la situación y la producción de un decreto-ley, como la eliminación de aquellas materias que indudablemente no pueden ser objeto de un decreto-ley.

4. La exclusión de determinadas materias como límite a la potestad de emanar decretos-leyes. La posición del Tribunal Constitucional

Ahora bien, lo cierto es que la exclusión de tales materias es difícil, y aún más hay que extremar la cautela a la hora de pronunciarse, puesto que aquí es donde se va a centrar el debate, tal como ha ocurrido en el Congreso de los Diputados, sobre la futura utilidad de este instrumento normativo.

Desde la limitada perspectiva de este trabajo, que solamente pretende resaltar cuál es la actual toma de posición del Tribunal Constitucional en la materia, hay que comenzar por destacar que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de una forma expresa sobre este tema.

Es cierto que ha tenido en cuenta la problemática de los límites de tales decretos-leyes en los dos casos que ha tratado. Pero hasta ahora lo ha hecho de forma totalmente accidental, a modo de *obiter dicta*, y sin poner como objetivo inmediato de sus pronunciamientos la decisión sobre cuál sea el significado real de tales límites, dentro del sistema de producción de los decretos-leyes.

En efecto, en la primera de las sentencias, a propósito de recabar para el propio Tribunal Constitucional el control sobre los decretos-

leyes —y más concretamente dentro de un discurso que pretende señalar qué entiende el Tribunal Constitucional por urgencia a efectos de su control—, señala entre paréntesis que entre los límites a la potestad de promulgar decretos-leyes, se encuentra la exclusión de determinadas materias, entre las cuales, desde luego, incluye «el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, derechos y libertades de los ciudadanos reguladas en el título primero, etc. *(sic)*.

No puede dejar de reconocerse que en esta misma sentencia, el Tribunal Constitucional, de cara a fijar el concepto del que parte para encuadrar a los decretos-leyes, señala: «Tales requisitos, en cuanto a los decretos-leyes, estarán recogidos en la Constitución española, configurando tres bloques definidos... *b)* la limitación en cuanto a la materia sobre la que puede incidir un decreto-ley, lo que supone que en ningún caso pueda afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero de la Constitución española.»

Es decir, que, aparentemente, el Tribunal Constitucional habría resuelto ya en esta sentencia el tema que más interés, y aun pasión, ha despertado. Y aún más, se habría afirmado de forma enfática, toda vez que se afirma que, «*en ningún caso* pueda afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I...».

No obstante, entendemos que, pese a esta afirmación, nada hay resuelto. En efecto, si tomamos los estrictos términos de esta primera sentencia, muy bien podría concluirse que, en efecto, no queda duda alguna de que entre los límites impuestos a la emanación de los decretos-leyes se encuentra precisamente el título primero, en su integridad considerado, como la consecuencia inmediata de que «en ningún caso»... podría afectarse al derecho de propiedad, ni a ningún otro derecho contenido en el título primero, por esta vía.

Sin embargo, las cosas no son tan elementales como esta primera visión pretende señalar. Y ello, no sólo por la interdicción de interpretar literalmente los términos de las sentencias, pretendiendo que la estricta literalidad de los términos de una expresión se convierta en fórmula mágica, invocable en cualquier lugar, tal como la propia jurisprudencia ha señalado. Y tampoco es necesario acudir a una interpretación razonable (aunque sea obviamente necesaria), sino porque la interpretación en relación con el contexto, que también es un medio elemental de interpretar el sentido de las normas, impide llegar tan claramente a la conclusión antes apuntada.

En efecto, si observamos el contexto en que se encuentra el *obiter* del Tribunal Constitucional, queda claro de forma inmediata y patente que la intención del Tribunal Constitucional, a propósito de esta declaración, no es, en absoluto, resolver el problema de si los límites concretos a la emanación de un decreto-ley son o no son, especialmente, los referidos a la totalidad del título primero, o, por el contrario, se refieren solamente a los derechos fundamentales y libertades públicas. El Tribunal Constitucional, en la declaración que hace, se limita a sistematizar el contenido del artículo 86 de la Constitución española, de suerte que en esta manifestación no decide absolutamente nada; esquematiza las expresiones del artículo 86 de la Constitución española, para no extraer, en este orden de cosas, ninguna conclusión, ninguna pauta interpretativa, niguna consecuencia. El Tribunal Constitucional se limita a reproducir en esquema las líneas normativas del artículo 86 de la Constitución española, pero sin añadir nada que permita inferir que ha sido voluntad del Tribunal Constitucional señalar y resolver el problema que nos ocupa. Aún más, por no extraer consecuencias, es muy posible que la sentencia no hubiera perdido un ápice de inteligibilidad, si en vez de esquematizar el artículo 86 de la Constitución española se hubiera limitado a reproducirlo en su literalidad. El espíritu y la finalidad de la sentencia nada tiene que ver en este caso con decidir sobre el contenido concreto del apartado uno del artículo 86. Una interpretación leal, que es la única que cabe en materia de constitucionalidad, obliga a considerar que nada hay decidido sobre este tema, y que la libertad del Tribunal Constitucional sobre este punto es absoluta y completa de cara al futuro. No está vinculada por ningún precedente.

Pretender extraer de un *obiter dicta* la conclusión que el tema sobre los límites del artículo 86 de la Constitución española está ya decidido, es algo absolutamente fuera de lugar, puesto que del contexto en que este *obiter dicta* se pronuncia no puede extraerse la conclusión de que el Tribunal Constitucional ha dicho lo que no ha dicho, ni nada de este estilo. Si el Tribunal Constitucional, a propósito de decidir los requisitos que tiene que reunir la emanación de un decreto-ley, parte simplemente de la dicción de la Constitución española, en su artículo 86 (lo que es obvio); y sentado lo cual, decide que no extrae ninguna consecuencia específica de su propia redacción, hemos de concluir que no ha existido una auténtica declaración de voluntad del Tribunal Constitucional, en orden a definir cuáles sean,

en el futuro, las líneas en que han de moverse sus declaraciones en este punto.

No es leal extraer abusivamente la conclusión de que el Tribunal Constitucional se ha prounciado allí donde no lo ha hecho, máxime en un tema tan delicado y difícil como el presente.

La libertad del Tribunal Constitucional es, pues, total en este punto, sin perjuicio de que en el análisis de este artículo pueda el Tribunal Constitucional tener en cuenta, como por lo demás es habitual en toda la jurisprudencia, aquello que más útil le parezca de sus propias sentencias.

Este mismo es el sentido que es necesario atribuir a la redacción que se ofrece en la segunda sentencia, cuando en términos en todo punto coincidentes con los expresados en la primera, exige en orden a la producción de un decreto-ley que se establezcan determinados límites, y entre ellos que «... en ningún caso se afecte al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado al de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero». Como puede observarse, la coincidencia entre ambos considerandos es prácticamente total, e igualmente hemos de señalar aquí que tampoco el Tribunal Constitucional ha tenido como finalidad establecer de forma rotunda y clara si el límite a la emanación de los decretos-leyes está constituido por la totalidad del título primero, o si bien solamente por los derechos y libertades fundamentales.

Insistir, pues, aun a riesgo de ser reiterativos, que la finalidad, también en esta segunda sentencia, no es la de resolver si dentro de esa apelación genérica al título primero se incluye o no se incluye la totalidad o parte del mismo, sino que más llanamente, y de forma semejante a como hace la primera sentencia, se limita el Tribunal Constitucional a repetir cuáles son los límites a que hace referencia el artículo 86 de la Constitución española. Sin extraer a estos efectos tampoco ninguna otra conclusión, lo que reitera que el Tribunal Constitucional todavía no se ha decidido. Y consecuentemente puede tomar cualquier decisión al respecto.

Por otro lado, y puesto que en este trabajo nos limitamos a resaltar los aspectos más importantes de la jurisprudencia constitucional, no insistiremos aquí y ahora sobre otros conocidos argumentos que afectan de forma inmediata al tema de la interpretación de los límites del artículo 86 de la Constitución española.

5. Naturaleza de los decretos-leyes

Abundando en otros temas, puestos de manifiesto en estas dos sentencias, pasamos ahora a plantearnos cuál sea la naturaleza de los decretos-leyes, desde la perspectiva de la jurisprudencia Constitucional. Previo examen del significado que comporta el llamado acto de convalidación.

Sobre este punto, ya señalaba la primera de las sentencias, 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 del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno reconoce la Constitución. *En otras palabras, el decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica.* Esta situación es la misma en que se encuentra el decreto-ley en los supuestos que se acude a su tramitación como proyecto de ley en el lapso de tiempo que transcurre entre la convalidación de totalidad como decreto-ley (art. 88, núm. 2) y la publicación en el "Boletín Oficial del Estado" de la ley resultante de la referida tramitación como proyecto de ley por procedimiento de urgencia (art. 86, número 3).»

Y para hacer esta afirmación, señala el Tribunal Constitucional: «Todo ello es deducible no sólo del sentido propio de los preceptos constitucionales estudiados y los correspondientes de la LOTIC, que configuran en este punto una realidad diferente a la que existe en otras Constituciones que también contemplan la realidad de los decretos-leyes, sino que también de lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 24 de febrero de 1982, en cuanto al procedimiento legislativo común y especial (capítulos 11 y 111 del título V), y su diferencia con el procedimiento específico previsto para ejercitar el control sobre las disposiciones del Gobierno con fuerza de ley (título VI); así como de la conveniencia de no alterar el orden constitucional normal de elaboración de las normas, *impidiendo que se soslaye el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes a través de una utilización abusiva del decreto-ley.*»

Y completando esta idea, señala el Tribunal Constitucional, ya en su segunda sentencia, que: «Lo que el artículo 86.2 de la Constitución

llama "convalidación" es, más genuinamente, una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino», habiendo observado con anterioridad que la fuerza de ley que se incorpora al decreto-ley tiene sus límites, que no son alterados por la existencia de la convalidación.

Es decir —y esto es interesante a efectos de comprobar la eficacia diferente entre un acto con simple fuerza de ley y una ley genuina en sentido estricto—, que tal como lo explicita el propio Tribunal Supremo, «la convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un decreto-ley, no produce una sanación del mismo, si éste fuera originariamente nulo por haberse producido extralimitación, pues la "sanación" sólo podría producirse mediante su transformación en ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria».

Es decir, que, a juicio del Tribunal Constitucional, el decreto-ley es simplemente un acto con fuerza de ley, pero en modo alguno una ley en sentido formal y estricto, de suerte que no le resulta predicable la grandeza y majestuosidad de la ley parlamentaria, o ley en sentido propio. Y ello tiene una consecuencia muy concreta, cual es la de que este acto con fuerza de ley puede ser radicalmente nulo, por extralimitación, y *quod nulum est, nullum effectum producit,* sin que el hecho de una aparente convalidación pueda «sanar» en absoluto, tal nulidad radical, que consecuentemente ha de comunicarse a la totalidad de los actos que tengan su apoyo o sean consecuencia inmediata de la emanación de tal decreto-ley. Así, pues, la consecuencia a extraer es que la afirmación por el Tribunal Constitucional, de que el decreto-ley es un acto con fuerza de ley, pero no es tal ley, tiene una importancia capital, y puede funcionar como un auténtico límite a los dictados de una mayoría parlamentaria, que pretendiera sin más, en apoyo de su Gobierno, convalidar abusivamente (por usar la expresión del Tribunal Constitucional), un decreto-ley, dictado con extralimitación. Bien entendido que esta nulidad radical no se comunica, en modo alguno, a una ley tramitada en sustitución del decreto-ley, y ello por varias razones.

En primer lugar, puesto que en ningún lado de la Constitución se señala tal posibilidad, ya encontramos un primer dato para rechazar esta hipótesis. Por otra lado, el instrumento normativo es absolutamente distinto, y la nulidad de un determinado instrumento no tiene

por qué comunicarse a otro. En tercer lugar, porque ello sería una causa no escrita de nulidad de las leyes, que como tal, no puede ser admitida en un sistema como el nuestro, donde las causas de nulidad de las leyes están perfectamente especificadas en la propia Constitución, además de la gravedad que ello supone, ya que la anulación de una ley comporta siempre consecuencias importantísimas. Sobre las que no es necesario insistir ahora.

Es decir, que tal como hemos señalado, existen numerosas razones que impiden trasladar la nulidad de un decreto-ley, anulado por extralimitación a la ley que, en definitiva, venga a sustituir a tal decreto-ley, cuando el mismo venga a ser tramitado como proyecto de ley, por trámite de urgencia.

Ahora bien; si esto es así, surge a continuación un problema, cual es el de saber si la ley tramitada en sustitución de un decreto-ley anulado por extralimitación, mediante sentencia del Tribunal Constitucional, puede contener disposiciones transitorias que, en definitiva, vengan a sustituir en su integridad al decreto-ley anulado por extralimitación, mediante retroacción de sus efectos, y que vengan a permitir que se solapen inmediata y directamente la ley de sustitución y el decreto-ley anulado por extralimitación, como si la anulación no hubiera tenido lugar.

Sin entrar ahora en el complejo tema general de la retroactividad en Derecho público, hemos de señalar que, así como hemos puesto de manifiesto que no existe razón alguna para predicar la comunicabilidad de la anulación de un decreto-ley, por extralimitación, a la ley que en definitiva venga a sustituirlo, también entendemos que la posibilidad de pretender obtener exactamente el mismo resultado, pese a la anulación de un decreto-ley mediante una retroactividad completa de la ley tramitada y que venga a sustituirlo, nos parece totalmente inaceptable por constituir un claro caso de fraude a la Constitución y de ser asimismo un supuesto típico de abuso de ley.

En efecto, lo que no puede en modo alguno hacer tal ley es ignorar el pronunciamiento constitucional que pueda haber hecho, en su caso, el propio Tribunal Constitucional. Ello es ilegítimo y constituye en nuestra opinión una utilización indebida de la posible retroactividad de las normas, pretendiendo que la situación no ha cambiado desde que se produjo el fallo constitucional, cuando lo cierto es que la realidad ha cambiado puesto que precisamente habría un fallo del propio Tribunal Constitucional. Lo contrario sería tanto como admitir

que el proceso ante el Tribunal Constitucional es inútil, porque diga lo que diga, el resultado va a seguir siendo el mismo, lo cual evidentemente es inadmisible, y sería dar un rodeo a la propia Constitución, ya que se trataría de un acto realizado al amparo de una norma (la ley de sustitución) que persigue un acto contrario al Ordenamiento jurídico (integrado, en tal caso, por la sentencia del Tribunal Constitucional), por lo que se crea un evidente punto fraudulento de conexión que, por tanto, no impedirá la debida aplicación de la norma (la sentencia del Tribunal Constitucional) que se hubiera tratado de eludir.

No puede haber una sentencia inútil del Tribunal Constitucional. Esto es ilegítimo y además del fraude a que hemos hecho referencia, daría lugar también a un claro caso de abuso. (*En otra ocasión* hemos defendido que en Derecho público, y como consecuencia del principio de legalidad, fraude y abuso tienden a aproximarse). Y ello con todas las consecuencia a que dé lugar el abuso. Además de ello, dar absoluta retroactividad a la ley que ocupe el campo del decreto-ley supone también eliminar sin más todos los límites del decreto-ley.

Por tanto, y como conclusión de este parte, hemos de señalar que, en nuestra opinión, cabe que en sustitución de un decreto-ley, anulado por extralimitación, se dicte ley con idéntico contenido al decreto-ley anulado, sin que se comunique, en modo alguno, tal anulación. Pero no cabe, sin embargo, que se utilice esa ley de sustitución, para falsear la realidad, ordenando las relaciones jurídicas derivadas del decreto-ley durante el lapso de tiempo que media entre ambos actos normativos, como si nada hubiera pasado, como si la sentencia del Tribunal Constitucional, de anulación del decreto-ley, no hubiera tenido lugar. Eso es un imposible jurídico que faltaría a la más elemental verdad, y que se podrá reputar fraudulento y abusivo. El abuso y el fraude son, pues, claros límites a la retroactividad de las normas. Las sentencias del Tribunal Constitucional nacen para ser efectivamente cumplidas, sin que sea constitucionalmente admisible ningún malabarismo o juego que conduzca a soluciones que supongan menoscabo o menosprecio de tan alta institución, y ello ocurriría si, en definitiva, las sentencias no tuvieran auténtica efectividad.

Hasta aquí, pues, hemos señalado los aspectos más llamativos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los decretos-leyes, planteándose ahora la necesidad de destacar las líneas principales,

según esta jurisprudencia, de cara a una futura utilización del decreto-ley.

En este sentido hemos de destacar:

1.° Los decretos-leyes son un medio legítimo y útil de gobernar, afirmándose una línea de ampliación de su campo de aplicación, especialmente cuando se exige una actuación normativa inmediata, e inclusive cuando más simplemente «las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta», situación esta última más amplia y flexible que la anterior, ya que, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, aquí basta una rápida respuesta, lo que supone una especificación más amplia del concepto urgencia cuando se trata de atender a la coyuntura económica.

2.° En principio, en este juicio, hay que atender y dar por válidas, momentáneamente, las razones que aduzca el Gobierno, o en palabras del Tribunal Constitucional, en su primera sentencia: «El peso que la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado...» Se reconoce, pues, un determinado «peso», es decir, en términos más habituales, se reconoce que, en principio, la emanación es válida, y que la prueba de que no existe situación de urgencia exige una demostración palpable, y para ello se establece como medio de comprobación de este concepto jurídico indeterminado la propia comprobación por el Tribunal Constitucional de que la situación efectivamente era urgente. Y, además, comprobar si la respuesta normativa dada era congruente con tal situación de necesidad. Y en esta línea, se señala que si bien «no queremos decir que todos los decretos-leyes, que son "disposiciones legislativas provisionales", según el texto del artículo 86 de la Constitución, tengan que quedar necesariamente sometidos a un plazo temporal de vigencia, pues ésta no sería una conclusión correcta, en cambio se puede afirmar que no existe la necesaria adecuación entre la situación de necesidad habilitante y la regulación normativa producida, si a causa... se estableciera una regulación... que adquiriera carácter permanente y normal».

Una cosa será, pues, que se admite un *fumus bonis iuris* en favor del Gobierno, y otra cosa distinta sería pretender que el Tribunal Constitucional no pueda contrastar la situación de urgencia. Puede y debe

hacerlo, y, además, comprobando si el medio adecuado ha sido el correcto.

3.º Hay que destacar, asimismo, que esta ampliación, vía flexibilidad del campo de actuación de los decretos-leyes, tiene naturalmente sus límites, y muy concretamente el límite que supone tratar de impedir que estos decretos-leyes se instalen en nuestro Ordenamiento como un sistema alternativo de legislar, que pasaría así a ser un sistema también ordinario de legislación. Una cosa será la ampliación del campo de aplicación de este instrumento normativo, y otra cosa será que nos encontremos ante una potestad legislativa ordinaria y común, que además actuaría como alternativa a la anterior.

4.º Los decretos-leyes son actos con fuerza de ley, pero no son leyes, y de esto se extraen importantes consecuencias, especialmente en cuanto al control sobre estos actos, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados, y, sobre todo, en cuanto a la eficacia de los actos dictados en aplicación de un decreto-ley, puesto que si eventualmente ocurriera que se considerara que el Gobierno ha dictado un acto normativo con fuerza de ley, pero extralimitado y, consecuentemente, ocurriera que se anulara tal decreto-ley, la conclusión es que no podrían sin más ser convalidados, vía retroactividad, ya que podría dar lugar a un caso de fraude constitucional. Y, naturalmente, esto no podría tener lugar jamás si el acto originario fuera una ley, aun tramitada por el procedimiento de urgencia.

En esta línea argumental insiste nuestro Tribunal Constitucional, destacando la posibilidad de abuso del decreto-ley, concretamente señalando que «si conviene mantener la distinción entre actos con fuerza de ley, y leyes en sentido propio, ello es también por la conveniencia de no alterar el orden constitucional normal de elaboración de las normas, impidiendo que soslaye el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes a través de una utilización abusiva del decreto-ley».

5.º En suma, que en la jurisprudencia creadora que caracteriza al Tribunal Constitucional, se va modulando una tesis cada vez más apegada a las necesidades de la vida real y de la gobernabilidad del país, sin perjuicio de atender a los necesarios límites impuestos por la Constitución, perfilándose este instrumento normativo como una dispositivo útil, no exento de peligro, del que ningún Gobierno, dentro de nuestra Constitución y de nuestra tradición jurídica, puede prescindir.

BIBLIOGRAFIA

Sobre el tema de los decretos-leyes, en España, es capital el libro de J. SALAS, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1979; asimismo, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1979, pp. 140 y ss., donde se encuentra una reflexión general sobre este instrumento normativo. Sobre el régimen que tradicionalmente han tenido en España, *vid.* J. SALAS: *Los Decretos-leyes en el Ordenamiento Jurídico Español: En torno a la urgencia*, número 51 de esta REVISTA, pp. 41 y ss., y también puede consultarse P. GONZÁLEZ MARIÑAS: *Aspectos de la problemática del Decreto-ley en el Ordenamiento Español*, «RADAF», 42, pp. 397 y ss. Sobre la urgencia, *vid.*, además de las obras citadas, M. CLAVERO ARÉVALO: *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA. Asimismo, con carácter más general, *vid.* GASCÓN HERNÁNDEZ: *Problemas actuales del Decreto-ley*, en el número 15 de esta REVISTA, y la obra de QUINTERO: *Los decretos con valor de ley*. Madrid, 1958. *Vid.*, asimismo, GÓMEZ-ACEBO: *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-leyes*, en número 6 de esta REVISTA. Una última aportación en E. LINDE: *Ley y Reglamento en la Constitución*, UNED. Lecturas sobre la Constitución española. Sobre la retroactividad de las disposiciones en Derecho Público, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*; F. LÓPEZ MENUDO: *El principio de retroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, y E. ALONSO GARCÍA: «¿Es retroactiva la Constitución?», en el *Libro-homenaje al profesor García-Trevijano*, CUNEFIJEAL, Madrid, 1983.