

EL GOBIERNO POR DECRETO (*)

ALFONSO CELOTTO

1. El problema de la delimitación y del contenido de los poderes normativos del Gobierno está presente desde años en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, especialmente, en los de sello parlamentario.

En éstos, efectivamente, la función legislativa resulta, de entrada, atribuida a la Cámara (v. gr., arts. 70 y sigs. de la Constitución italiana de 1948), mientras al Ejecutivo se le atribuyen poderes normativos circunscritos a la emanación de reglas secundarias o subordinadas: dada su tendencial subordinación al Parlamento en el plano de producción dispositiva, sólo en vía de excepción y en casos particulares es posible que los decretos gubernativos se sitúen al nivel de las fuentes primarias, como tales, capaces de modificar las leyes formales (v. gr., art. 77 de la Constitución italiana).

En los últimos decenios, empero, la función legislativa parlamentaria se ha mostrado insuficiente en la gestión del sistema, debido —por una parte— a la lentitud de los procedimientos parlamentarios de elaboración de las leyes formales (más aún en los parlamentos de estructura bicameral, y aún más en los que —como el italiano— el bicameralismo es perfecto o equilibrado) y, de otra parte, por las cada vez más amplias competencias que se han cargado al legislador, de manera siempre más reforzada en el campo económico, sobre todo con el fin de tender a la realización de la integración social.

El fenómeno fue nítidamente perfilado ya a finales de los años cuarenta, como puede apreciarse en las consideraciones de P. de Visscher, *Les nouvelles tendances de la démocratie anglaise (l'expérience des pouvoirs spéciaux et des pleins pouvoirs)*, París, 1947, 191 y sigs.: «Debido a que la concepción del pa-

(*) ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO: *El gobierno por decreto*, Pamplona, 1997.

pel natural del Estado, especialmente en materia económica y social ha cambiado, el principio del monopolio legislativo del Parlamento ha debido ser abandonado. Este monopolio era, efectivamente, fácilmente sostenible en el siglo XIX, cuando el Estado liberal se abstenía de intervenir en la reglamentación de la economía nacional, cuya suerte era abandonada al libre juego de las fuerzas actuantes. Bajo el dominio de tal concepción del Estado, las leyes son necesariamente menos numerosas y generales, y las asambleas parlamentarias pueden fácilmente, con el fin de limitar la influencia del Ejecutivo, pretender ejercitar sólo esta función esencial. Al contrario, el día en que el Estado, probado que el liberalismo económico a ultranza puede fatalmente conducir a la injusticia social y a la crisis, ha asumido como propia la función de realizaciones del bien económico de la nación como elemento del bien público temporal, cuya custodia detenta, y desde entonces las leyes son más numerosas y más técnicas, hasta el punto que la capacidad de trabajo de aquellas asambleas no tardará en ser superada y, aquellas deberán llamar a colaborar al Ejecutivo y a su aparato administrativo.»

Pero en los últimos años el fenómeno se ha agravado y ha degenerado, como manifestación de la verdadera y propia *crisis de la ley*, entendido ya como pérdida del monopolio de la actividad legislativa del Parlamento, cuyas atribuciones han sido fiadas al Gobierno y sustituidas por otras fuentes (no sólo de origen gubernativo); sea como devaluación del acto normativo parlamentario, que ha perdido sus caracteres tradicionales (generalidad y abstracción), convirtiéndose más bien en instrumento de mediación de conflictos, al servicio de los intereses sectoriales y microsectoriales, lejos de las expresiones de la voluntad general y cerca de la voluntad particular (sobre tales fenómenos, cfr., F. TERRE: «La crise de la loi», en *Archive de philosophie du droit*, 1980, 17 y sigs.); MODUGNO-NOCILLA: «Crisi della legge e sistema delle fonti», en *Diritto e Società*, 1989, 411 y sigs.

En este contexto, la producción normativa del Gobierno ha adquirido una importancia cada vez mayor, sobre todo en el intento de buscar otras fuentes de producción capaces de «gobernar» el sistema.

2. El principal instrumento utilizado por el Ejecutivo para expandir los propios poderes normativos es el decreto en sus diversas manifestaciones. Pues bien, en tal instrumento se centra el interesante trabajo monográfico de M. Asunción de la Iglesia Chamarro, que examina el instituto en sus distintos aspectos.

El estudio arranca con la exposición de decretos extraídos de la consulta del *Boletín Oficial del Estado*, que ponen de manifiesto tres irregularidades frecuentes en el uso del decreto en el actual sistema español:

a) El uso en casos en los cuales tal instrumento no era necesario en razón del autor de la decisión o de la materia regulada.

- b) El empleo superfluo para disciplinar materias de importancia secundaria.
- c) La utilización abusiva o desmesurada.

Para mejor entender y analizar tales disfunciones, oportunamente comienza la reconstrucción mediante una amplia y analítica indagación histórica, examinando la noción de decreto desde sus orígenes más remotos hasta los albores del actual régimen constitucional español.

Tras rastrear los orígenes etimológicos de la voz «decreto», que ponen de manifiesto la riqueza semántica del concepto, el esmerado análisis histórico parte del uso de la expresión en las distintas épocas del Derecho romano, que muestran cómo el decreto es, en sus orígenes, la decisión prudencial del magistrado *cum jurisdictione* para después pasar a designar por extensión las decisiones volitivas de otras autoridades (en las cuales de modo análogo está presente ese elemento de resolución prudencial) y aun, en el llamado Principado, las decisiones judiciales tomadas por el Emperador en última instancia. Comienza entonces el examen de la institución en la Edad Media, valorando especialmente el uso de tal instrumento en el ámbito de la Iglesia y en el Imperio, de un lado como acto prudencial de juicio adoptado por el juez supremo (Pontífice, Emperador) y, por otra, como resolución dirigida a zanjar una cuestión controvertida.

Superados estos presupuestos más generales, el estudio se centra en el sistema español, comenzando por el examen de la institución monárquica en el marco de la España altomedieval, en la que el término «decreto» se utilizaba preferentemente para designar las decisiones gubernativas del monarca —considerado en aquella época como «padre prudente, que dirige y guía a la comunidad, resolviendo los conflictos—, que adoptaba a menudo, después de haber consultado a la propia Corte.

Con el pasar de los siglos, se modifica sustancialmente la posición del monarca en la comunidad política y —con ella— varía también la configuración del decreto regio. A finales del siglo xv el rey comienza a prescindir de la colaboración de las Cortes, reforzándose y haciendo emerger la voluntad del monarca en el ejercicio del poder; con el tiempo en el decreto se desdibuja el elemento prudencial, si bien, aún no puede hablarse propiamente de absolutismo, pues en los siglos xv, xvi y xvii aún está presente el modelo polisindial o de consejos que limitan el poder del rey dando vida a formas de colaboración necesaria. En este contexto, el decreto se presenta, ante todo, como la determinación volitiva del monarca, esto es, como la voluntad regia que aprueba y hace propia las propuestas de los Consejos. Dicho en otros términos, el decreto no presupone un contenido peculiar y específico, sino que constituye el acto deliberativo y decisorio del monarca que acompaña a órdenes, instrucciones, nombramiento, cartas reales, declaraciones, etc.

Al comienzo del siglo xvii, conectado con la crisis del sistema polisindial y con la rápida difusión de las ideas absolutistas por Europa nuevamente cambiará la configuración del decreto, que va a convertirse en instrumento de expresión de la voluntad directa y personal del monarca; precisamente en este período —hacia 1621— emerge y se consolida la expresión «real decreto» o «decreto real» para designar tales actos volitivos regios, los cuales se refieren fundamentalmente a organización administrativa, nombramientos y reglamentación de los procedimientos, pero a veces asumen también el carácter de verdaderas y propias disposiciones legislativas.

Con el transcurrir de los años, los límites institucionales al poder del rey irán perdiendo importancia hasta llegar —en el curso del siglo xviii— al completar el paso de la monarquía institucionalmente limitada a la monarquía absoluta. La acentuación de la posición del rey en el sistema político —que se encuadra en el cuadro más amplio del proceso histórico-espiritual que se inicia en el renacimiento— conduce también a un reforzamiento del real decreto que se convierte en instrumento dispositivo *erga regnum* como acto privilegiado de ejercicio de los plenos poderes del monarca: es, en efecto, por decreto, como el rey organiza políticamente el reino, legisfera, nombra a sus oficiales y, ahora, todo ello, sin limitación institucional.

3. Una nueva y radical modificación de la idea de «decreto» se verifica en el cuadro de la crisis del Antiguo Régimen. La instauración del nuevo orden público se funda sobre la transferencia de la soberanía de la persona del Rey a la Nación: paralelamente el decreto se convierte en expresión de la voluntad política primaria que se atribuye al nuevo soberano, esto es, la Nación, encarnada en la asamblea de representantes.

Un nítido ejemplo de esta nueva configuración del decreto lo podemos encontrar en la Asamblea Nacional francesa y, en España, en las Cortes de Cádiz, donde sus decisiones principales revisten la forma de decreto.

Superado aquel primer soplo revolucionario, en España se restablece la línea monárquica dinástica y consiguientemente el decreto, de instrumento de expresión de la voluntad soberana de la Asamblea, retorna a ser instrumento dispositivo de expresión de la voluntad del monarca, aunque, andando el tiempo, incorporará las necesarias adaptaciones a la vista de la nueva ordenación sistemática de las instituciones políticas.

No obstante, la afirmación del principio representativo liberal como fuente legitimadora del poder político implica la reducción de la potestad decisoria regia, dando así vida a un nuevo modelo de distribución de poderes. En el plano de las fuentes del Derecho emerge el concepto liberal de «ley», ligado a la idea de representación parlamentaria. De esta forma, el decreto, como instrumento

específico del Poder Ejecutivo, se convierte en vehículo para la emisión de disposiciones de este último para las atribuciones que tiene como propias. De aquí viene el llamado decreto ejecutivo, por entonces aún imputado a la voluntad del Monarca.

Por otra parte, al mismo tiempo, en el curso del siglo XIX, se va afirmando la figura del Consejo de Ministros, como institución con peso político propio; ocurre así que cada vez en más casos, decretos que aparecen emanados de la voluntad del Rey, y dictados en primera persona, sobre todo aquellos de contenido normativo, son en realidad decisiones del Consejo de Ministros. Con el tiempo, quedan como propios del monarca, los decretos de sanción y promulgación de las leyes, de convocatoria y disolución de Cortes y aquellos de nombramiento de altos cargos.

Llegamos así al siglo XX. Para entonces el decreto se ha consolidado principalmente como instrumento normativo de rango esencialmente secundario. Pero si nos fijamos atentamente en la eficacia de las disposiciones que se emiten por decreto, podemos distinguir en a época las manifestaciones siguientes: decretos constitucionales (relativos a las relaciones jurídicas fundamentales entre los órganos de gobierno y entre gobernantes y gobernados); decretos legislativos, sean delegados o de urgencia (decretos-leyes), decretos ejecutivos y decretos jurisdiccionales (por ejemplo, aquellos de concesión de indultos).

No obstante lo anterior, ocurre que en determinados momentos históricos, especialmente en los de crisis, el decreto reaparece con sus notas genuinas y en su configuración originaria, como instrumento dispositivo para zanjar las situaciones controvertidas (valga como ejemplo el decreto por el que el Rey Alfonso XIII instaura la Dictadura de Primo de Rivera el 23 de septiembre de 1923).

Se completa el análisis histórico valorando el instrumento del decreto en las tres etapas de la historia del siglo XX español: la Segunda República (1931-1936); el Régimen de Franco (1936-1975) y el período de la transición política a la democracia (1975-1978). En estos períodos asistimos a la desfiguración del concepto institucional de decreto, que pasa a una situación de indisciplina que, sin embargo, lo transporta a la posición de principal instrumento de producción dispositiva.

Más precisamente, en los principios de la Segunda República se encuentran abundantes decretos «de crisis» que reciben el nombre de acuerdos de las Cortes, y decretos normativos del Presidente de la República; más significativo parece el hecho de que por primera vez se contemplen en un texto constitucional (Constitución de 1931) las figuras de la delegación legislativa (art. 61) y de los decretos legislativos por motivos de urgencia (art. 80). Por su parte, en la

época franquista el decreto constituye el instrumento dispositivo ordinario de creación del Derecho, en una primera fase (1936-1942) como instrumento dispositivo personal del propio Franco; después, tras la Ley Constitutiva de las Cortes el decreto se manifiesta en la tradicional amplia tipología de las formas (decretos para la emisión de disposiciones de eficacia constitucional, decretos legislativos delegados, decretos-leyes, decretos independientes y, en fin, decretos ejecutivos). Esta tendencia de usar abundantemente el decreto —o más precisamente, abusar— se repitió en el período de transición política, cuando tras la muerte de Franco (20 de noviembre de 1975), y para llevar a cabo las operaciones necesarias para transformar España en una democracia representativa y pluralista se aumentó desmedidamente el número de decretos-leyes, que ha terminado por constituir el instrumento dispositivo hegemónico (en el trienio 1975-1978 se dictaron cerca de 120 decretos-leyes, mientras que en el año 1979, tras la aprobación de la Constitución el número se redujo a 21 y a 16 en 1980).

4. Concluido el rico y profundo *excursus* histórico —del que se deduce que el nacimiento y la degradación de la idea de decreto corre paralela a la evolución de los sistemas políticos y en particular al progresivo debilitamiento de las atribuciones del Jefe del Estado, con el consiguiente deslizamiento de la facultad decisoria regia hacia el Consejo de Ministros y, en particular, hacia su Presidente— De la Iglesia Chamorro pasa a analizar el instrumento «decreto» en el actual sistema constitucional español.

Tal instrumento dispositivo viene utilizado actualmente como forma de expresión de la voluntad jurídica del Jefe del Estado y del Gobierno.

En los primeros casos, la autora habla de «reales decretos» que se caracterizan por ser manifestación de las facultades atribuidas a la persona del monarca en el sistema constitucional en los que no siempre es necesaria la intervención del Consejo de Ministros (*v. gr.*, Real decreto de nombramiento del Presidente del Gobierno —art. 62 CE—) o el de disolución de Cortes y convocatoria de nuevas elecciones.

Por su parte, los decretos del segundo tipo son decretos gubernativos o del Gobierno, aunque en apariencia sean dictados en primera persona por el Jefe del Estado y lleven su firma y conserven el nombre de «reales decretos». Como es sabido, la importancia de esta segunda modalidad de decretos está en continuo desarrollo, como muestra de la importancia creciente del Gobierno y su carácter de vértice del sistema constitucional. Es efecto a través del decreto como se ha venido manifestando la fuerte expansión de los poderes normativos del Gobierno para, entre otras cosas, hacer frente a los fenómenos —no exclusivos de España— como la creciente complejidad de las materias sobre las que

se ha de legislar, la escasa competencia técnica de los parlamentarios, la exigencia de rapidez en la adopción de medidas y también en la incorporación del Derecho comunitario. Así se explica la profusión de los decretos de procedencia gubernativa que lleva a De la Iglesia Chamarro a concluir —con palabras que podrían ser trasladadas sin problemas a la actualidad italiana— que «en España se gobierna en gran medida mediante decretos», los cuales según los casos se nos presentan como decretos-legislativos, decretos-leyes, ejecutivos, independientes y, otras veces como decretos encubiertos (que asumen en lugar de la forma de decretos, la de la orden ministerial o la resolución, aun siendo acuerdos del Consejo de Ministros).

El abuso del decreto no es la única conclusión crítica que pone de relieve la autora del libro.

Del cuadro trazado emerge nítidamente cómo la imputación al Rey de los decretos dichos gubernativos es una ficción jurídica. Esto se explica por la divergencia manifiesta entre lo previsto en la Constitución —aún anclada a estos efectos en la mentalidad y los institutos del siglo XIX— y el sistema que ha venido a afirmarse por la fuerza de los hechos en los últimos años, donde el Rey, ya no es cabeza del Poder Ejecutivo, quedando relegado a un papel casi simbólico, carente de poder político efectivo, que desempeña una función de representación de la unidad del Estado desde el punto de vista territorial, funcional y organizativo.

Desde esta óptica, De la Iglesia Chamarro pone correctamente en evidencia cómo resulta difícilmente admisible en la nueva realidad mantener omnímodamente la firma regia en todos los decretos, tenga o no tenga aquél nada que decir. Es precisamente sobre este punto sobre el que se desarrolla la propuesta principal de la autora: es necesario adaptar el sistema de los instrumentos dispositivos al sistema político instaurado con la Constitución española de 1978. Ello exige atribuir al Gobierno y a su Presidente un instrumento dispositivo propio para ejercitar directamente aquellas funciones que Constitución y leyes les atribuyen como propias. Propone la autora la creación del «decreto presidencial» o «decreto del Presidente de Gobierno». De esta forma, entiendo, se quedaría actualizado el esquema de producción dispositiva al real sistema político español.

Por su parte, el «real decreto» no quedaría eliminado, ni mucho menos disminuido en su importancia. Al contrario: sería reservado para aquellos actos en los que la intervención del Jefe del Estado tiene realmente significado.

Los dos instrumentos dispositivos (decreto del Jefe del Estado —real decreto— y decreto presidencial) coexistirían entonces, empleándose cada uno de sus respectivos campos competenciales, de igual modo que, por otra parte, se hace ya en otros países como, por ejemplo, Francia, Alemania, Suecia, Ma-

rruecos y también en Italia. En este país, junto al Decreto del Presidente de la República (dPR) existe el decreto del Presidente del Consejo de Ministros (dPCM), cuyo ámbito de competencias se ha visto ampliado con la Ley de 23 de agosto de 1988, núm. 400 de organización de la Presidencia del Consejo de Ministros.