

guientes: previsibilidad (Vorhersehbarkeitsformel), decisión propia (Selbstsentscheidungsformel) y carácter expreso de la habilitación (1. Deutlichkeitsformel). La habilitación tiene que ser tan precisa que el ciudadano pueda saber qué uso hará el poder reglamentario de ella; tiene que contener al mismo tiempo una manifestación de voluntad clara que unicamente haya de ser concretada por el destinatario de la misma; y ha de contenerse de manera expresa en la ley, no siendo suficiente el que pueda efectuarse mediante deducción utilizando las reglas de interpretación características del mundo del derecho.

Sin embargo, ya en la tercera sentencia sobre el tema se inicia un cambio consistente en que el Tribunal Constitucional renuncia a considerar que tienen que estar determinados por separados el contenido, la finalidad y el alcance de la habilitación, estimando que es suficiente que la determinación del alcance de la habilitación se deduzca de la finalidad de la misma. También con esta sentencia se inicia en la materia la aplicación de la Verfassungskonforme Auslegung con la intención de suplir las posibles carencias de la ley de habilitación no susceptibles de ser sanadas mediante las reglas tradicionales de interpretación.

La segunda fase contempla la generalización de la Verfassungskonforme Auslegung y se caracteriza por un progresivo debilitamiento del control de la habilitación por parte del Tribunal Constitucional, el cual considera "suficientemente determinado" (hinreichend bestimmt) el contenido cuando se deduce del sentido, de la finalidad, de la habilitación, la cual se deduce a su vez de la finalidad de las disposiciones legislativas.

Con ello se acentua la contraposición entre la exigencia de unos principios muy estrictos en la determinación de la ha-

bilitación y la utilización de unos principios muy amplios en la forma de obtener un juicio sobre dicha determinación.

La tercera fase supone un relajamiento todavía mayor, en el sentido de que el Tribunal Constitucional se inclina cada vez más a considerar que basta con que esté "suficientemente determinada" la finalidad de la habilitación, ya que de ella se puede deducir el contenido y alcance de la misma.

Las exigencias que se plantean son cada vez menores, menos estrictas, estando la jurisprudencia constitucional orientada teleologicamente. El Tribunal Constitucional se refiere cada vez con mayor frecuencia a que basta que el legislador defina el "programa" que tiene que ser ejecutado por el poder reglamentario.

Con ello el Tribunal Constitucional se aproxima a la tesis mantenida por el Bundesgerichtshof en el sentido de que la tria da del artículo 80 GG tiene que ser interpretada de manera muy laxa, muy flexible: "La habilitación a la Administración para que dicte reglamentos jurídicos tiene su justificación en que el legislador, por la multilateralidad del objeto que ha de ser regulado o por diferencias condicionadas local o temporalmente de la cuestión a regular, no puede llevar personalmente a cabo la regulación. Cuanto mayores sean las exigencias que, como consecuencia del mandato de concreción, se le impongan al legislador, tanto más inmanejable y disfuncional será la posibilidad de que el legislador legisle en cada caso concreto. Esto justifica el que sean suficientes unas exigencias mínimas en la concreción del contenido, finalidad y alcance de la habilitación exigida por el artículo 80 GG".

Según Hasskarl, en el momento en que él ponía fin a su estudio, en 1968, parecía que el Tribunal Constitucional quería

volver a criterios más rígidos. Sin embargo, como veremos más a delante, ello no ha sido así, sino todo lo contrario. El proceso de relajación en la exigencia de la concreción de la triada del artículo 80 GG no ha hecho más que acentuarse, sin que se produzca ninguna inversión de la tendencia.

En cualquier caso y a pesar de la progresiva relajación de control por el Tribunal Constitucional constatada por Hasskarl, él llegaba al final de su trabajo a la siguiente conclusión: "En aproximadamente las dos terceras partes de los casos sometidos al Tribunal Constitucional Federal se produjo la declaración de nulidad de la norma habilitadora de los reglamentos jurídicos. Así pues, en estos casos el legislador federal no ha estado a la altura de las exigencias del artículo 80.1.2 GG. Es te número elevado de habilitaciones nulas sorprende. Tien~~de~~ a destruir la confianza del ciudadano en el trabajo legislativo ajustado a la constitución llevado a cabo por nuestros órganos legislativos. Esta perspectiva cobra más importancia si se toma en consideración el gran número de normas de habilitación existentes no controladas por el Tribunal Constitucional Federal. Una parte no sin importancia de ellas ~~podría~~ ser, en consecuencia, anticonstitucional, de tal suerte que los reglamentos jurí dicos que se basan sobre ellas son nulos. En todo caso, las habilitaciones federales para la emisión de reglamentos jurídicos han resultado ser, como pone de manifiesto la jurisprudencia de Tribunal Constitucional Federal, factores permanentes de inseguridad del trabajo legislativo" (pág. 108).

Este trabajo de Hasskarl, del que acabamos de hacer este amplio resumen, ha marcado la interpretación del artículo 80 en la literatura jurídica alemana, hasta el punto de que la mayor parte de los autores lo que hacen al tratar del tema es reprodu

cir en buena medida lo por él expuesto o remitirse a su trabajo. Así, por ejemplo, Dieter Wilke, en el propio AÖR, en un comentario de jurisprudencia con el título Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, al tratar del problema escribe: "Puesto que Hasskarl ha informado sobre su interpretación hace unos cuantos años en esta Revista, no es necesario hacer referencia otra vez a la jurisprudencia correspondiente. Una tal repetición se justifica tanto menos cuanto que la jurisprudencia reciente se debate en relación con las fórmulas de determinación de la habilitación, que Hasskal ha analizado y etiquetado" (p. 230- AÖR 1973) (Este mismo autor es quien se ocupa del comentario del artículo 80 en el Kommentar dirigido por Maunz-Drig). De forma similar procede, por ejemplo, K. Hesse, quien en sus Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland sigue descansando hasta en sus últimas ediciones (13ª ed. 1982, pág. 200, nota 21) en el trabajo de Hasskarl, al que remite como la investigación "de conjunto" sobre el tema.

También sobre dicho trabajo descansa en buena medida el Dictamen de la Comisión de Encuesta nombrada por el Bundestag para estudiar la Reforma de la Ley Fundamental, la cual se pronuncia en este punto de manera bastante crítica respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en términos relativamente tajantes: "Al convencimiento de la Comisión se añade el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal hasta la fecha sobre las habilitaciones para dictar reglamentos jurídicos no ha sido particularmente consistente (subrayado nuestro). Mientras inicialmente el Tribunal planteó exigencias muy elevadas al alcance de la concreción de la voluntad del legislador, en la medida en que exigía que la habilitación tenía que estar tan determinada que se pudiera prever en qué casos y con

qué tendencia se debería hacer uso de ella, en sentencias posteriores el Tribunal no ha considerado necesario una determinación expresa del contenido, finalidad y alcance de la habilitación en el texto de la ley, si dicha determinación podía ser obtenida mediante interpretación de la ley a partir de su conexión de sentido con otras normas y de los fines trascendentes a la regulación legal. En conjunto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el artículo 80.1.2 GG ha conducido a que, por una parte, el Parlamento, como consecuencia de las elevadas exigencias a la norma de delegación, se vea fuertemente sobrecargado por la necesidad de elaborar habilitaciones legislativas suficientemente determinadas, y a que, por otra parte, como consecuencia de la "cuota de anulación", sin duda muy alta, de las habilitaciones legislativas por el Tribunal Constitucional Federal, la inseguridad jurídica sea relativamente alta hasta la decisión correspondiente del Tribunal" (pág. 192-193).

De ahí que la Comisión propusiera la eliminación de la referencia constitucional al contenido y alcance de la habilitación, para dejarla reducida exclusivamente a la finalidad (pág. 193. Propuesta valorada críticamente por parte de la doctrina, especialmente por su irrelevancia. En este sentido Frowein, *Rechtsetzungsbefugnis der Exekutive*, DÖV, 1977, pág. 555; en tanto que otro sector de la doctrina se muestra conforme, a partir de la consideración de que "la finalidad es el elemento central de la triada" -- M. Lepa, op. cit. pág. 344 --; Bryde -- en v. Münch, Randnummer 22 zu Art. 80 GG -- define a la finalidad como la "categoría autenticamente central"), así como a que valorara, sin decidirse finalmente a ello, la introducción en la Ley Fundamental de un poder reglamentario autónomo a favor del Gobierno.

En general, pues, con alguna excepción, como la de Manfred Lepa, quien critica expresamente la "afirmación resignada" que se manifiesta en la literatura jurídica, según la cual "tras un análisis cuidadoso de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal no se puede prever qué decidirá el Tribunal en un caso concreto" (op. cit. pág. 344), afirmando que se pueden deducir de la jurisprudencia constitucional criterios orientadores que hacen que la inseguridad jurídica no traspase umbrales soportables, en general, decimos, la literatura jurídica alemana es bastante crítica respecto de la praxis constitucional y de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional del artículo 80.1.2 GG. En todo caso, hay unanimidad en considerar que las relaciones entre la ley y el reglamento no son en la práctica lo que los constituyentes de la Ley Fundamental pensaron que deberían ser y que cada vez más el poder reglamentario se va afirmando como un instrumento normativo importante, pudiéndose llegar a hablar incluso de una mutación constitucional, que vendría avalada por la interpretación progresivamente más laxa en la materia del Tribunal Constitucional Federal.

Ahora bien si en estas consideraciones de tipo general pienso que se puede estar de acuerdo con la doctrina alemana, nuestra impresión personal es que la valoración de la jurisprudencia constitucional que dicha doctrina efectúa no es demasiado correcta. La conclusión a la que hemos llegado tras revisar las sentencias del Tribunal Constitucional Federal es que su posición ha sido mucho más laxa, en lo que a la interpretación del artículo 80 GG se refiere, de lo que la propia doctrina alemana la ha considerado y que, sobre todo a partir de 1968, se produce un cambio espectacular en la evolución de la jurisprudencia constitucional que, incomprensiblemente, no ha sido pues

to de manifiesto hasta la fecha.

En efecto, hasta finales de 1982, punto final de nuestra investigación, el Tribunal Constitucional Federal había dictado 52 sentencias en relación con el artículo 80.1.2 GG, si bien en 4 de ellas (Nº 31 de 27 de julio de 1971 -- BVerfGE 31, 357 y ss.; Nº 5 de 17 de diciembre de 1975 -- BVerfGE 41, 88 y ss.; Nº 22 de 12 de octubre de 1978 -- BVerfGE 49, 343 y ss.; y Nº 1 de 12 de junio de 1979 -- BVerfGE 52, 1 y ss.) el Tribunal Constitucional Federal simplemente se refiere al mismo para indicar que no es relevante para la solución del caso y que no es necesario, en consecuencia, pronunciarse sobre él. Quedan, por lo tanto, 48 sentencias en las que el Tribunal Constitucional Federal se enfrenta directamente con el problema.

De ellas 21 corresponden al periodo que va desde el año inicial de trabajo del Tribunal, 1951, hasta 1968. Y en dichas sentencias el Tribunal declara en 11 ocasiones la inconstitucionalidad de la ley de habilitación y, consiguientemente de los reglamentos jurídicos que se apoyaban sobre ella, y en 10 se pronuncia por la constitucionalidad de la habilitación parlamentaria. Es decir, la relación es de 11 a 10, del 50% aproximadamente, y no de 2/3 a 1/3, como afirma Hasskarl en su artículo. En términos puramente estadísticos está, pues, claro que el Tribunal Constitucional Federal es menos rígido o, si se prefiere, más laxo en la interpretación de la triada del artículo 80.1.2 GG de lo que la doctrina alemana pretende.

En cualquier caso, lo que sí resulta evidente de la lectura de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal de estos años, es la preocupación de dicho órgano por ejercer un control efectivo en la materia, lo cual se manifiesta con bastante claridad en la forma en que acentúa, por ejemplo, la opción del

constituyente de la Ley Fundamental a favor de una división de poderes que se aparta conscientemente del sistema de Weimar -- BVerfGE 1, 59-60; 2, 331 -- , en el énfasis que se pone en que sea el propio legislador el que manifieste directamente una voluntad de forma tan clara que el poder reglamentario simplemente tenga que concretarla, pudiendo prever cualquier ciudadano a partir de la ley el sentido de dicha concreción -- BVerfGE 7, 282 (296, 297, 301-304); 15, 153 (163-164) --, y en el intento de justificar de manera relativamente pormenorizada por qué o por qué no se adecua la ley de habilitación a las exigencias constitucionales del artículo 80 GG. Esto es una constante de la jurisprudencia constitucional hasta la fecha, aunque, como indicara Hasskarl, en ese intento el Tribunal recurre a prácticas hermeneúticas que dulcifican considerablemente las exigencias constitucionales.

Sin embargo, el panorama cambia considerablemente a partir de 1968. De las 27 sentencias dictadas desde primero del 68 hasta fines del 82, el Tribunal Constitucional se pronuncia en 2 por la anticonstitucionalidad de la ley de habilitación, en 24 por la constitucionalidad y en 1, la Nº 22 de 18 de julio de 1972 (BVerfGE 33, 303 y ss.), aunque considera que la delegación del legislador a la Universidad para que regule los criterios de admisión de alumnos sólo es aceptable si el propio legislador determina el tipo y la jerarquía u orden de valoración de los criterios de selección, cosa que no ocurre en la Ley de Universidad de Hamburg, razón por la que es anticonstitucional, no se limita simplemente a formular este juicio, sino que, argumentando que la pura declaración de anticonstitucionalidad conduciría a una situación todavía peor y haciendo uso de la Verfassungskonforme Auslegung, fija un plazo para que el propio legis

lador corrija la norma anticonstitucional en el sentido indicado en la sentencia.

Así pues, desde 1968 el Tribunal Constitucional Federal sólo ha anulado 2 leyes de habilitación de las 26 que le han sido recurridas. Y además las dos únicas que ha anulado corresponden a los dos primeros recursos sobre la materia del año 1968 -- el nº 6 de 30 de enero de 1968 (BVerfGE 23, 62 y ss.) y el Nº 16 de 11 de marzo de 1968 (BVerfGE 23, 208 y ss.) -- . Desde marzo de 1968 el Tribunal Constitucional Federal, con la excepción de 1972 ya indicada, no ha anulado ni una sola ley de habilitación . Esta tendencia ya era claramente visible en el momento en el que la Comisión de Encuesta nombrada por el Bundestag redacta su Informe, ya que desde 1968 a 1973 el número de sentencias en relación con el artículo 80.1.2 GG es de 17 y, con la excepción de las dos primeras, todas las demás apuntan en la misma dirección. Y en cualquier caso lo que no cuadra con la realidad de la jurisprudencia es el cálculo de la Comisión de que el Tribunal Constitucional Federal ha declarado anticonstitucionales aproximadamente el 50% de las leyes de habilitación sometidas a su consideración (pág. 190: "El Tribunal Constitucional Federal se ha visto obligado a declarar anticonstitucionales aproximadamente la mitad de las normas de delegación por él controladas"), ya que desde 1951 a 1973 sólo en 13 casos de 39 se produce la declaración de inconstitucionalidad. La "cuota de anulación" no es, por lo tanto, del 50%, sino del 33%. Ciertamente muy elevada. Pero con una tendencia decreciente manifiesta que no ha hecho más que acentuarse desde entonces.

Pero es que, además, la propia lectura de las sentencias a partir de este momento pone de manifiesto el cambio de perspectiva. Por ejemplo, la acentuación del Gobierno en cuanto ti-

tular del poder reglamentario como un poder democrático, del que no hay que dudar en principio y frente al que no hay que extremar las cautelas, algo que hubiera sido impensable en la jurisprudencia de los años 50 y 60. Concretamente en la sentencia Nº 28 de 4 de febrero de 1975 el Tribunal Constitucional afirma expresamente que la habilitación parlamentaria tampoco tiene por qué ser muy precisa, "porque la vinculación del poder reglamentario al contenido, finalidad y alcance de la habilitación no debe hacer olvidar el hecho de que el poder reglamentario en cuanto órgano del Estado legitimado democráticamente y políticamente responsable le tiene que ser reconocido un cierto margen de discrecionalidad en su actuación" (BVerfGE 38, 348 (363)). O incluso la relativa frecuencia con que el Tribunal Constitucional, sin necesidad de referirse expresamente al artículo 80.1.2 GG y al respeto al mismo por la ley de habilitación correspondiente o incluso cuando la cuestión no ha sido suscitada siquiera por el recurrente, se refiere expresamente al problema para remarcar que se cumplen las exigencias del artículo 80 GG -- Nº 22 de 24 de febrero de 1976 (BVerfGE 41, 344 -355-356-); Nº 19 de 7 de octubre de 1980 (BVerfGE 56, 298 -311-). Parece como si el Tribunal Constitucional quisiera poner claramente de manifiesto que está dispuesto a conceder un margen amplio de actuación al poder reglamentario y que no es preciso concretar mucho la habilitación parlamentaria.

En términos generales, pues, se puede afirmar que la queja de la doctrina alemana acerca de la inseguridad jurídica por no poderse prever qué es lo que decidirá el Tribunal Constitucional Federal hasta que se haya pronunciado sobre la concreta ley de habilitación sometida a su consideración, no parece que esté en estos momentos muy justificada. Lo estuvo en las dos prime-

ras décadas de aplicación de la Ley Fundamental. Pero ya no lo está hoy. La inseguridad, si existe, se puede considerar como perfectamente soportable y cada vez menor. Pensamos que un análisis objetivo de la evolución de la jurisprudencia constitucional en su conjunto avala más bien la conclusión opuesta a la que la doctrina alemana parece inclinarse: por la vía del artículo 80 GG se puede estar casi seguro que no se consigue en estos momentos un pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional, a menos que se produzca una violación tan patente del texto constitucional que resulte prácticamente inevitable. Pero esto es bastante improbable.

Esto es lo que, en nuestra opinión, puede afirmarse a partir de la tendencia de la jurisprudencia constitucional a relajar progresivamente el control de la triada del artículo 80 GG. Tendencia permanente, sin detenciones, sin marcha atrás, sobre todo a partir de 1968. Si inmediatamente después de aprobada la Ley Fundamental de Bonn se pudo decir de la fórmula del artículo 80.1.2 GG que "es tan completa, tan perfecta..., como únicamente una fórmula puede serlo" (H.J. Müller. Die Stellung der Rechtsverordnung im deutschen Staatsleben der Gegenwart, Köln 1950, pág. 57), hoy habría que añadir que efectivamente la perfección se quedó en la fórmula y que en la realidad las cosas han ido por otro camino. Como en todas partes, la normación de origen gubernamental es indispensable y cada vez en mayor medida e intentar encerrarla a priori dentro de límites muy estrictos resulta a la postre una tarea imposible.

LA DISTRIBUCION DE LA CAPACIDAD NORMATIVA ENTRE EL PARLAMENTO Y
EL GOBIERNO EN ESPAÑA.

El constituyente español de 1978 que ha introducido importantes novedades en materia de fuentes del derecho, ha sido de lo más tradicional a la hora de regular la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno. Y lo ha sido además de una manera aparentemente despreocupada, sin que se produjera el más mínimo debate sobre el marco general dentro del cual iba a tener que ejercitarse básicamente la actividad normativa del Estado.

En efecto, el Capítulo II del Título III de la Constitución atraviesa el proceso constituyente, sin que generara discusión apenas. Con la única excepción de los artículos 87 y 92, en los que se produjo un interesante debate en torno a las relaciones entre democracia representativa y democracia directa al abordarse la cuestión de la iniciativa popular y el referendun, en los demás artículos la discusión quedó circunscrita a cuestiones técnicas, de detalle, importantes sin duda, pero que no pasaban de ahí y no llegaban a plantear el problema del marco general dentro del cual cobran sentido.

Y sin embargo, inicialmente no parecía que ese fuera su destino. Más bien al contrario. Todo parecía indicar que este iba a ser uno de los caballos de batalla del proceso constituyente, uno de los temas en los que el debate iba a ser más intenso y con las posiciones más enfrentadas.

En efecto, en el Primer Proyecto de Constitución, el que se publica en el Boletín Oficial de las Cortes el día 5 de enero de 1978, los distintos Grupos Parlamentarios representados en las Cortes Constituyentes parecían tener ideas muy claras y contra-

puestas en torno al tema. Por una parte, los partidos mayoritarios -- Unión de Centro Democrático y Alianza Popular -- se mostraban partidarios de una regulación constitucional de la ley y el reglamento muy parecida a la introducida por la Constitución francesa de 1958 en sus artículos 34 y 37, previendo además la figura de la legislación delegada y del Decreto-ley. Así en el artículo 72 del mencionado Proyecto se contenía un amplio catálogo de materias reservadas a la ley, mientras que en el artículo 79 se afirmaba que todas las materias no reservadas a la ley eran del dominio del poder reglamentario. La definición de la ley era, pues, una definición básicamente material, mientras que la del reglamento era una definición formal, atribuyéndosele además una competencia residual. Junto a estas dos fuentes del derecho básicas de todos los ordenamientos estatales contemporáneos, la Constitución preveía también la posibilidad de que las Cortes habilitaran al Gobierno para que dictara Decretos Legislativos, con muchas menos cautelas que la Constitución vigente respecto de las condiciones que debía cumplir la ley de habilitación (compárense los artículos 74 a 77 del Proyecto con los actuales 82 a 85) y admitía la posibilidad de que el Gobierno dictara normas con fuerza de ley autonomamente en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Este era el marco general que diseñaban, en principio, los partidos políticos mayoritarios en las Cortes Constituyentes para regular la actividad normativa del Estado y la distribución de la misma entre el Parlamento y el Gobierno. Marco polémico, que reproducía una opción constitucional también polémica y además excepcional en el Derecho Constitucional no sólo europeo sino occidental. Marco en todo caso muy favorable al poder ejecutivo, al que no sólo se le reconocía un poder reglamentario autónomo sino también una competencia residual.

Por el contrario, los demás partidos políticos representados en las Cortes Constituyentes -- Partido Socialista Obrero Español, Partido Comunista, Partido Socialista Popular y las diferentes formaciones nacionalistas -- mantenía una posición completamente distinta, que conectaba con la teoría tradicional sobre la materia casi desde los orígenes mismos del Estado Constitucional. Dicha posición se dibuja con claridad en los votos particulares y enmiendas presentados a los artículos mencionados en el párrafo anterior y tendían a configurar un marco caracterizado por lo siguiente: 1º supresión de los artículos 72 y 79 del Proyecto de Constitución; no debían existir materias reservadas a la ley, excepto las que escalonadamente se contuvieran en el propio texto constitucional a favor de la misma en su forma orgánica u ordinaria con el alcance que eventualmente hubiera de dársele. A la ley, en principio, le debía estar reservado todo, sin que existiera materia alguna a la que no pudiera extenderse su actividad. Definición, por lo tanto, exclusivamente formal de la ley siguiendo la tradición clásica en la materia, es decir, definición por el órgano -- las Cortes Generales -- y el procedimiento -- el legislativo -- regulado en parte por la propia Constitución y remitido en lo demás a los Reglamentos Parlamentarios. Consiguientemente tampoco debía existir el poder reglamentario autónomo del Gobierno, sino que el reglamento debía ser siempre una norma subordinada y dependiente de la ley; 2º dentro de este marco general se admitía la legislación delegada, es decir, que las Cortes Generales habilitaran al Gobierno para dictar Decretos Legislativos; y 3º se le reconocía al Gobierno en determinadas circunstancias la posibilidad de dictar Decretos-leyes.

Como puede verse, las dos posiciones eran claramente anta-

gónicas y el tema parecía destinado a convertirse, como hemos dicho antes, en uno de los caballos de batalla del proceso constituyente. Sin embargo, en una fecha tan temprana de elaboración de la Constitución, como es la que representa el trabajo de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, que publica el resultado de dicho trabajo en el Boletín Oficial de las Cortes de 17 de abril de 1978, el tema a parece resuelto de manera tajante mediante la supresión pura y simple de los artículos 72 y 79 del Proyecto, con el voto particular en contra de Alianza Popular exclusivamente y con una reserva de Unión de Centro Democrático acerca de la conveniencia de mantener en la Constitución el poder reglamentario autónomo del Gobierno. En ningún momento posterior, ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado, volverá a aparecer el tema, ni siquiera volverá a ser rozado de pasada.

En consecuencia, un tema tan importante en toda Constitución moderna como es este de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno en el terreno de la emisión de normas jurídicas y la distribución de la capacidad normativa entre ambos órganos, ha sido resuelto en la nuestra prácticamente casi sin debate. Si lo hubo, quedó circunscrito a la fase de Ponencia en el paso del Proyecto de Constitución por el Congreso de los Diputados. Debate, pues, si lo hubo, repetimos, del que no sabemos absolutamente nada.

Ahora bien, si esto ya de por sí puede resultar extraño, aún más lo es que de las dos opciones que se enfrentan en torno al tema en el proceso constituyente triunfe la minoritaria y triunfe además en toda la línea: no sólo imponiendo el marco general, sino endureciendo incluso las condiciones en las que las Cortes pueden habilitar al Gobierno para que dicte Decretos Le-

gislativos y ampliando el número de materias no susceptibles de regulación por Decreto-ley.

Dada la ausencia de debate público, resulta realmente imposible saber por qué ocurrió esto, es decir, por qué se llegó a imponer la solución minoritaria. En nuestra opinión, hay dos razones que pueden contribuir a explicarlo:

1ª La pretensión de poner claramente de manifiesto que la Constitución de 1978 no tenía nada que ver con las Leyes Fundamentales del Régimen anterior. Y este era uno de los puntos importantes desde esta perspectiva. El recuerdo del artículo 10 de la Ley de Cortes estaba muy fresco y la impresión que se podía dar de que, en lo que a las fuentes del derecho se refiere, no se producía una ruptura neta con el sistema anterior, pudo contribuir, sin duda, a hacer cambiar de opinión a UCD.

2ª Pero, sobre todo, la redacción final del Capítulo II del Título III es la que es como consecuencia del consenso constituyente, fundamentalmente en este punto del consenso casi exclusivo entre UCD y PSOE. El partido mayoritario -- UCD -- se planteó como objetivo central conseguir imponer sus puntos de vista en la redacción del Capítulo I del Título III, es decir, aquel en el que se determina la composición del Congreso de los Diputados y del Senado, intentando configurar unas Cámaras que, mediante la fijación de la circunscripción electoral, el número de escaños, la fórmula electoral etc. tendieran a escorarse hacia posiciones conservadoras. Y en aras de ese objetivo -- alcanzado a la postre de manera extraordinariamente efímera -- cedió sin ofrecer prácticamente resistencia en todo lo demás y concretamente en la redacción del Capítulo III que es obra casi exclusiva de los partidos minoritarios.

En cualquier caso, el resultado final por lo que al tema

que aquí nos interesa es el siguiente: además de las reservas escalonadas que contiene la Constitución a favor de la Ley Orgánica o de la Ley ordinaria, el marco general en el que se encuadra la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno en nuestro ordenamiento se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

a) Por una atribución exclusiva al Parlamento de la facultad de dictar normas jurídicas de carácter general de forma inicial e incondicionada (salvo por la propia Constitución, como es lógico).

b) Por la fijación extraordinariamente precisa de las condiciones en las que el Parlamento puede habilitar al Gobierno para que dicte disposiciones jurídicas con fuerza de ley (Decretos Legislativos).

c) Por la prohibición de un poder reglamentario autónomo a favor del Gobierno.

d) Por la circunscripción del poder normativo autónomo del Gobierno a los casos de extraordinaria y urgente necesidad, con carácter temporal y con la exclusión de determinadas materias.

El marco constitucional es muy claro, pues, y es además el opuesto justamente al previsto en el Primer Proyecto de Constitución, lo que debe ser resaltado por la importancia que puede tener a la hora de interpretarlo. Se trata, por lo demás, de una reproducción fiel de la doctrina clásica de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo desde los orígenes del Estado Constitucional e incluso antes, ya que la misma es perfectamente rastreable en varios autores de la Teoría Clásica del Estado, muy especialmente en Locke y Montesquieu.

Por lo demás, esta es la interpretación que dicho marco ha recibido de manera prácticamente unánime desde los primeros momentos de vigencia del texto constitucional. Y ello tanto cuando se hace una exposición de tipo general sobre la materia al estilo de la que efectúan, por ejemplo, García de Enterría y Fernandez Rodríguez en su Curso de Derecho Administrativo, o Carro-Fernandez y Gomez-Ferrer en su Ponencia "La Potestad Reglamentaria del Gobierno y la Constitución" (RAP nº 87), o Garrorena en su libro sobre "El lugar de la Ley en la Constitución Española", o la que yo mismo hago en "Las Fuentes del Derecho", como cuando se estudia alguna institución específica, caso, por ejemplo, del estudio de Javier Salas sobre el Decreto-ley, en el que, sin hacer una exposición del marco constitucional general en el que la institución se inserta, está clarísimo cual es la interpretación que del mismo tiene el autor.

En esto no existe la menor duda. Y lo único que se plantea en la doctrina es si, dada la inexistencia de un ámbito propio de la potestad reglamentaria en nuestra Constitución y el carácter "residual" de esta fuente del derecho, sería posible encontrar algún ámbito en el que dicha potestad pudiera expresarse al margen de la ley (prácticamente en el terreno organizativo y nada más) o si, por el contrario, ni siquiera en este caso ello sería posible. Discusión, como puede verse, de tipo menor y de alcance muy limitado.

Ahora bien, ¿qué está ocurriendo en la práctica ?

Sin duda alguna en nuestra breve experiencia constitucional la desviación más clamorosa procede del Decreto-ley, desviación que ha llegado a ser tan importante que ha obligado al Tribunal Constitucional a una interpretación de la institución y de su función dentro de la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno completamente distinta a la que se hizo inicialmente por la doctrina y de la que, en principio, era razonable imputar al constituyente.

II.- EL ARTICULO 86 DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL

¿ Qué función cumple el Decreto-ley dentro del marco que a cabamos de describir ? ¿ Cómo ha de interpretarse a la luz del mismo el artículo 86 de la Constitución ?

En realidad, aunque de los métodos tradicionales de interpretación el método histórico es el menos "fuerte", el menos consistente, y todavía más cuando lo que se trata de interpretar es la Constitución, ya que en este caso por la propia naturaleza de la norma el aforismo de que "la ley es más inteligente que el legislador" encuentra un campo de aplicación mucho más amplio, no deja por ello de ser relevante a la hora de interpretar textos jurídicos, sobre todo cuando coincide en sus resultados con alguno o algunos de los otros métodos tradicionales. Y en este sentido dicho principio debería conducirnos a una interpretación sumamente restrictiva del Decreto-ley en nuestro ordenamiento o, mejor dicho, a reforzar la interpretación restrictiva que se desprende de los métodos gramatical, te leológico y sistemático. Pues en este caso todos sin excepción apuntan en la misma dirección. No ya sólo el marco general dentro del que se inserta la institución, ni el propio tenor literal del artículo 86, ni la finalidad que con dicho tenor literal se persigue, sino también la modificación que experimenta en este terreno el texto constitucional en su proceso de elaboración debería conducir a esta conclusión. El constituyente parece haber querido de manera muy clara dificultar la emisión de Decretos-leyes, convertirlos en figuras normativas completamente excepcionales.

Y así fue interpretado de forma general por la doctrina desde los primeros momentos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución. García de Enterría, por ejemplo, escribe en

la Tercera Edición (1979) del Curso de Derecho Administrativo a propósito de la institución lo siguiente: "El texto fundamental en vigor responde, en efecto, a un reflejo reactivo muy intenso (subrayado nuestro) y perfectamente justificado, por lo demás, frente a la situación anterior, que legitimaba el uso del Decreto-ley como una verdadera competencia legislativa alterbativa en manos del Gobierno, a fuerza no sólo de una relajación de facto de la verificación de sus presupuestos habilitantes, sino también de la inexistencia de iure de mecanismo alguno de ratificación o conversión por el órgano legislativo y de control por los Tribunales. Sobre la base de esta negativa experiencia, las Constituyentes aceptan, sí, el Decreto-ley, pero intentan extremar a ultranza las cautelas frente al mismo". (p. 141. Subrayado nuestro). Y de manera muy especial interpreta de manera restrictiva la definición del presupuesto de hecho habilitante con que se inicia el artículo 86 y que es la auténtica cuestión clave del instituto. "Esta definición del presupuesto de hecho habilitante ("caso de extraordinaria y urgente necesidad") es un ejemplo típico de lo que se conoce en términos de la teoría jurídica con el nombre de conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de conceptos cuyo alcance concreto no puede precisarse a priori, pero sí caso por caso en función de las circunstancias coetáneas e incluso posteriores (un retraso notable en la publicación del Decreto-ley obviamente desmentiría la urgencia de su adopción) a su aplicación y que, a la vista de estas, no admite sino una sola solución justa (o la necesidad existe y es realmente extraordinaria y urgente o no existe con tales caracteres)" (p. 142).

Más acusada todavía es esta línea interpretativa en la monografía de Javier Salas sobre "Los Decretos-leyes en la Consti

tución Española de 1978" (1979), presidida en todo momento por la caracterización del Decreto-ley como norma excepcional que sólo debe admitirse de manera muy limitada. De ahí los intentos de Salas de delimitar con la mayor precisión posible el presupuesto de hecho habilitante, a fin de evitar el recurso al mismo de manera fácil, así como los de hallar criterios que nos permitan deslindar cuando estamos ante un ejercicio correcto o incorrecto (constitucionalmente hablando) de la potestad de dictar Decretos-leyes: posibilidad de que la materia fuera regulada por ley mediante el procedimiento de urgencia (p. 30-31), diferencia de fechas entre la adopción del Decreto-ley por el Consejo de Ministros y su publicación en el BOE (32), ilegitimidad constitucional de los Decretos-leyes que pretendan la prórroga de los plazos legalmente establecidos a la Administración para dictar el Reglamento ejecutivo de una ley o aprobar el texto articulado de una ley de bases (32) (Hay que decir, sin embargo, que de esta técnica se ha hecho uso una vez, concretamente en el Decreto-ley 26/1982 de 22 de diciembre, uno de los primeros del recién estrenado Gobierno Socialista, de forma, por lo demás plenamente constitucional según todos los indicios, como se pondría claramente de manifiesto en el debate de ratificación o convalidación del mencionado Decreto-ley en el Congreso de los Diputados, en el que ningún Grupo Parlamentario planteó objeción alguna a la intervención del Ministro de Justicia, Sr. Ledesma justificando la medida. Diario de Sesiones de 27 de enero de 1983), ilegitimidad de la inclusión en el texto de un Decreto-ley de normas extraordinarias y urgentes y de otras que no lo son (33). (En este sentido STC 29/1982 de 31 de mayo, Fto. Jco. nº 6) etc. Y de ahí también su interpretación sumamente amplia de las materias no susceptibles de regulación por Decreto-ley, que reducen de manera notable el ámbito de acción de este

último.

Las referencias podrían multiplicarse. Pero no es necesario. Baste indicar que esta era la interpretación lógica, razonable, prácticamente la única que cabía con el texto constitucional en la mano y más aún tomando en consideración su proceso de génesis. ~~_____~~
~~_____~~
~~_____~~

III.- UTILIZACION DEL DECRETO-LEY

Parece que está fuera de toda duda, sin embargo, que no es ese el uso que se está haciendo del Decreto-ley y que, a la luz de lo que viene ocurriendo con esta institución a lo largo de estos cinco años, en modo alguno se le puede considerar como una fuente normativa rigurosamente excepcional. Desde enero de 1979 a finales de septiembre de 1984 se han dictado 103 Decretos-leyes, lo que da una media de 1,4 Decreto-ley por mes, es decir, uno casi cada quince días. Y ello ha ocurrido, mejor dicho, está ocurriendo independientemente de la composición de las Cortes Generales y del menor o mayor apoyo que en las mismas tenga el Gobierno, ya que si con la incorporación del PSOE al ejecutivo se ha reducido algo el número de Decretos-leyes, la verdad es que, tomando en consideración la muy distinta posición del Gobierno actual con la que tuvieron los diferentes Gobiernos de UCD, la proporción en que lo ha hecho ha sido tan insignificante, que no se puede hablar en modo alguno de cambio de tendencia. En efecto, en 22 meses de Gobierno socialista se han dictado 26 Decretos-leyes, en tanto que en los 47 de Gobiernos de UCD se dictaron 81. No muchos más si se toma en conside-

ración que en esos 47 meses hay que incluir dos disoluciones de las Cámaras y la consiguiente imposibilidad de que el Parlamento trabajara durante varios meses, aparte de la inestabilidad mayor característica de estos periodos. Desde el punto de vista cuantitativo, pues, el Decreto-ley parece haberse instalado en nuestro ordenamiento como una fuente relativamente normal y no como lo que se pensó en principio que sería. Una frecuencia de 1,4 veces por mes de supuestos de extraordinaria y urgente necesidad o no pueden darse o nos obligaría a cambiar el sentido de esas palabras en el Diccionario de la Real Academia.

La primera desviación del texto constitucional radica aquí. El simple número de Decretos-leyes supone una alteración del marco general previsto por el constituyente. Alteración, por lo demás, tan importante y producida de forma tan rápida desde el momento de entrada en vigor de la Constitución que difícilmente se podría aceptar para interpretarla constitucionalmente la tesis de la "mudanza o mutación constitucional" (Verfassungswandlung). Más bien podría pensarse que nos encontramos ante prácticas pura y simplemente anticonstitucionales.

Pero no sólo por el número se produce una desviación entre la Constitución y la práctica del Decreto-ley. También desde el punto de vista cualitativo se le pueden poner reparos al uso que se está haciendo del Decreto-ley. En efecto, en algunos casos se ha hecho un uso claramente anticonstitucional de la institución (independientemente de que la norma haya sido recurrida ante el Tribunal Constitucional y éste haya apreciado dicha anticonstitucionalidad) y en otros han existido dudas razonables acerca de la adecuación de determinados Decretos-leyes a la Constitución. Y ello sin entrar a valorar o no la existencia del presupuesto de hecho habilitante, más que dudosa en muchas ocasiones.

Dicho uso claramente anticonstitucional o de dudosa constitucionalidad ha tenido lugar tanto con los Gobiernos de UCD como con el del PSOE, sin que tampoco aquí se note mucha diferencia, aunque tal vez se podría pensar de manera diferente, si se toma en consideración exclusivamente los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados al Tribunal Constitucional contra Decretos-leyes, más numerosos contra los del Gobierno socialista que contra los de los Gobiernos de UCD. Pero ello se debe simplemente a que el comportamiento del PSOE a la hora de recurrir al Tribunal Constitucional fue mucho más moderado que lo está siendo el de AP. En cualquier caso, Decretos-leyes anticonstitucionales o de constitucionalidad dudosa -- insistimos prescindiendo de la verificación del presupuesto de hecho habilitante -- los ha habido con todos los Gobiernos hasta la fecha

Evidentemente la relación que se hace a continuación no pretende ser sino una simple ejemplificación de lo que se acaba de decir con algunos de los botones de muestra más significativos. Realmente un estudio exhaustivo desde el punto de vista de la constitucionalidad/anticonstitucionalidad de todos los Decretos-leyes dictados hasta la fecha, además de extraordinariamente trabajoso tampoco tendría demasiado interés. Con los ejemplos que aportamos pensamos que es suficiente a los efectos de lo que aquí se pretende.

Ya en uno de los primeros Decretos-leyes postconstitucionales, el 3/1979 de 26 de enero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana resulta bastante patente su carácter anticonstitucional, algo que el propio Gobierno tiene que reconocer en el Preámbulo, al afirmar que se está tipificando penalmente ciertas conductas a través de un Decreto-ley, si bien, como es obvio, no lo dice así de manera expresa, sino que pretende presentar

dicha tipificación como una simple refundición de normas anteriores. "Las presentes normas llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de actos terroristas, refundiendo o actualizando otras anteriores... Todas las disposiciones cuentan con precedentes y lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes o remover algunos obstáculos que se han hecho patentes en los últimos tiempos". Y esta misma sensación de incomodidad que la posición anticonstitucional le produce al Gobierno se pone también de manifiesto en otro Decreto-ley del mismo año muy relacionado con el anterior, el 19/1979 de 23 de noviembre, en cuyo Preámbulo puede leerse lo siguiente: "Aunque la competencia de la Audiencia Nacional es objeto de especial consideración en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido a las Cortes Generales, evidentes razones de extraordinaria y urgente necesidad hacen aconsejable llevar a cabo las reformas -- incorporación de nuevos tipos delictivos, entre otras -- y la prórroga -- de la Ley 56/1978 de 4 de diciembre de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, de vigencia proyectada de un año -- indicadas mediante Real Decreto-ley".

Sin entrar en el tema de la urgencia, más que discutible, sobre todo en el último caso, ya que antes de la celebración del referendum de aprobación de la Constitución se había aprobado una Ley de duración anual y, en consecuencia, se podía prever con exactitud la situación que se crearía tras el transcurso de dicho espacio de tiempo, lo que ocurre en estos casos es que el problema es otro. No es la existencia o inexistencia del presupuesto de hecho habilitante lo decisivo en estos casos, sino el hecho de que estas materias no son susceptibles de regula-

ción mediante Decreto-ley. Nos encontramos ante derechos de la Sección Primera del Capítulo II del Título I, es decir, ante el núcleo fundamental de nuestra Declaración de Derechos y es evidente que aquí no hay la más mínima duda sobre el alcance de la exclusión contenida en el artículo 86. En el debate de convalidación del Decreto-ley ante el Congreso de los Diputados en la sesión de 20 de diciembre de 1979 se argumentaría en contra de la constitucionalidad del Decreto-ley por casi todos los Grupos Parlamentarios (Diario de Sesiones. 20 de diciembre de 1979, nº 57. pag. 3896 y ss.)

No menos embarazo y clara consciencia de su actuación anticonstitucional manifiesta el Gobierno en los Reales Decretos-leyes 13 y 14/1979 de 19 de septiembre por los que se somete a referendum los Proyectos de Estatuto de Autonomía del País Vasco y Catalunya respectivamente. "El presente Real Decreto-ley, se lee en la Exposición de Motivos de ambos, se limita a fijar la fecha de la consulta y, dada la inexistencia de normas de desarrollo de la Constitución relativas al referendum, a señalar la disposición de procedimiento aplicable para el caso concreto sin introducir ninguna nueva regulación específica de la materia ni normas de carácter general".

Excusatio non petita....! Por lo demás, está bastante claro que el referendun de aprobación de un Estatuto de Autonomía afecta al referendum que es una institución básica del Estado y afecta al régimen de las Comunidades Autónomas, materias ambas excluidas de regulación por el Decreto-ley por el artículo 86. Ello se pondría claramente de manifiesto en el debate de convalidación de los mencionados Decretos-leyes en el Congreso de los Diputados, en el que el tema de la anticonstitucionalidad fue suscitado desde varios puntos de vista por el portavoz de AP, Sr. Fraga Iribarne (Diario de Sesiones de 27 de septiembre

de 1979. nº 34. pag. 2097 y ss. en especial la 2099), resaltando sobre todo que afectaban a materias no susceptibles de regulación por Decreto-ley y en particular al régimen de las Comunidades Autónomas, a lo que sólo se le supo contestar de manera bastante sofista que ello era imposible porque las Comunidades Autónomas no existían todavía. "Los Decretos-leyes, diría el portavoz de UCD, Sr. Guimón, no pueden afectar al régimen de las Comunidades Autónomas, ya que con todo rigor puede afirmarse que las Comunidades Autónomas no existen todavía" (pag. 2102). Y en el mismo sentido el portavoz de Minoría Catalana, Sr. Roca afirmaría: "Tampoco se puede decir que esto afecte al régimen de las Comunidades Autónomas, entre otras razones porque -- al menos en nuestra interpretación -- las Comunidades Autónomas existirán a partir del momento de la aprobación definitiva del texto estatutario, pero hasta ahora no tenemos conciencia de que exista una Comunidad Autónoma" (pág. 2107). Que dicha argumentación carece de toda consistencia no parece que sea necesario demostrarlo. (Un Comentario sobre dichos Decretos-leyes desde el punto de vista de su constitucionalidad fue publicado en la RAP, nº 89, por Enrique Linde con el título "Algunas anotaciones a los Decretos-leyes de Condotoria de los Ayuntamientos autonómicos en el Plan Insular y Catalán: Vigencia de la Constitución y Reserva de Ley Orgánica" (págs. 441-447)).

Pero el Gobierno de UCD no sólo reguló materias no susceptibles de serlo mediante Decreto-ley, sino que llegó a hacer un uso escandaloso, podríamos decir, de dicha institución instrumentando a través de ella procedimientos no susceptibles de serlo, como es, sin duda, el de la delegación legislativa.

Con la Constitución española en la mano está claro que, salvo lo previsto en el artículo 86, el Gobierno no puede dic-

tar normas con fuerza de ley si no es con la autorización expresa de las Cortes Generales, sobre materia concreta, con fijación de plazo, sin posibilidad de subdelegación, con delimitación precisa del contenido, alcance y finalidad de la misma etc. Es decir, siguiendo las posiciones más avanzadas de la experiencia constitucional extranjera, el constituyente español ha tratado de evitar cualquier posible abdicación por parte de las Cortes Generales de la misión que les está constitucionalmente confiada, así como prohibir cualquier habilitación genérica al ejecutivo que supusiera una especie de cheque en blanco para este. De ahí la minuciosidad con que está formulado el artículo 82 CE.

Ahora bien, lo que el constituyente español no ha hecho, aunque habría que decir con más exactitud, que no se le ha pasado ni siquiera por la imaginación hacer, es prohibir de manera expresa que se pudiera efectuar una delegación legislativa mediante Decreto-ley. La naturaleza de ambas instituciones es tan diferente, que parecía absolutamente ocioso que se hiciera referencia alguna al tema en el texto constitucional. Jamás a ninguna constitución se le ha ocurrido prever siquiera esta posibilidad.

Y sin embargo, en el Real Decreto-ley 2/1980 de 11 de enero sobre medidas económico-fiscales derivadas de la elevación de los productos petrolíferos, uno de los casos claros en los que se dan razones de urgencia para justificar la utilización del Decreto-ley, nos encontramos con dos disposiciones finales en las que se contienen otras tantas "delegaciones legislativas a favor del Gobierno sin cumplir, por lo demás, los requisitos exigidos para las delegaciones legislativas previstos en el artículo 82 CE.

En el debate parlamentario de convalidación (Diario de Sesiones de 13 de febrero de 1980. nº 62) el tema sería abordado por prácticamente todos los Grupos Parlamentarios. Peces Barba -- PSOE -- calificaría de "insólitas y escandalosas" (pág. 4216) las disposiciones finales mencionadas, solicitando de la Cámara la "derogación del mismo (del Decreto-ley), ya que es una vergüenza legislativa, que viola todo lo que hay que violar en el artículo 82 de la Constitución" (pág. 4217). Y la misma opinión manifestarían todos los demás: Fraga -- AP --, Pérez Ruiz -- PSA --, Pérez Royo -- PCE/PSUC -- etc. La respuesta del Ministro de Hacienda, Sr. Añoveros, en la que no distinguiría con precisión entre deslegalización y delegación legislativa, argumentando que estamos ante lo primero y no ante lo segundo (pág. 4223), se limitaría a afirmar que "no existe deslegalización porque no la puede haber en un Decreto-ley (!), y porque a efectos de deslegalización no se cumplen las normas que establece la Constitución" (pág. 4223), proponiendo una "interpretación armónica" del ordenamiento jurídico realmente incompatible con el texto de las disposiciones finales en cuestión.

En resumen, no sólo se comete la auténtica monstruosidad jurídica de una autohabilitación para dictar Decretos Legislativos, sino que además se contravienen todas las previsiones constitucionales en la materia.

Por último, para terminar esta referencia a la posible anticonstitucionalidad de Decretos-leyes dictados por el Gobierno de UCD, mencionar los dos de la época sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. El primero, el Real Decreto-ley 10/1981 de 19 de junio, sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social, objeto de un Recurso de Inconstitucionalidad resuelto por Sentencia 29/1982 de 31 de mayo, en la que

si bien el núcleo esencial del Decreto-ley fue considerado conforme a la Constitución, fue declarada, sin embargo, anticonstitucional la Disposición Adicional del mismo que contenía una deslegalización de determinadas materias. (En realidad, el Tribunal Constitucional no se pronuncia con la claridad que sería de desear acerca de la inadmisibilidad de la deslegalización mediante Decreto-ley. En principio, en los párrafos 2 y 3 del Fto. Jco. nº 6 el Tribunal parece inclinarse por la inadmisibilidad de la deslegalización via Decreto-ley, pero en ambos párrafos se incluyen matizaciones que no dejan la cuestión totalmente zanjada).

El segundo, el Real Decreto-ley 11/1979 de 20 de julio sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales, que ha llegado al Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad y que, aunque fue considerado ajustado a la Constitución por el Tribunal no dejó de plantear dudas e incluso opiniones contrarias a su constitucionalidad en el seno del propio órgano (voto particular del Magistrado Gómez-Ferrer), así como en la doctrina (véase, por un lado, Juan Martín Queralt, La Ordenación Constitucional del Decreto-ley en materia tributaria, REDF, nº 24, y Ramón Falcón y Tella, El Decreto-ley en materia tributaria, REDC nº 10, en contra de la constitucionalidad del Decreto-ley, y, por otro, Carlos Palao, La disminución retroactiva de bonificaciones fiscales y los Decretos-leyes en materia tributaria, CT, nº 43).

Recapitulando: número alto de Decretos-leyes, dificultad de justificar el presupuesto de hecho habilitante en bastantes casos, regulación de materias no susceptibles de serlo por esta vía, instrumentación de procedimientos vedados al Decreto-ley. La verdad es que tanto el marco general como el particular se han visto desbordados con frecuencia en la legislatura constituyente y en la primera legislatura constitucional.

Aunque en un primer momento la abrumadora mayoría del Partido Socialista en ambas Cámaras, la consiguiente estabilidad del Gobierno, a diferencia de lo que había ocurrido en las dos legislaturas anteriores con UCD, y la enemistad reiteradamente manifestada por los socialistas frente al Decreto-ley, deberían haber conducido a una práctica completamente diferente en lo que a la emisión de este tipo de normas se refiere, la verdad es que, como ya hemos recordado antes, no ha sido así. Ni desde el punto de vista cuantitativo, al que ya hemos hecho alusión, ni desde el punto de vista cualitativo, es decir, desde el punto de vista del respeto a la Constitución. Conviene, no obstante, dejar constancia de que tampoco se ha producido ningún retroceso en este terreno, como se ha pretendido hacer creer a partir del caso RUMASA y de la espectacularidad del Decreto-ley expropiatorio del mismo. En general, como vamos a ver a continuación, el Gobierno del PSOE se ha movido en la misma dirección en que lo hicieron los anteriores de UCD. Ni más, ni menos. El caso RUMASA es, podríamos decir, un asunto que le ha tocado resolver al Gobierno del PSOE, pero en modo alguno la regla en el uso del Decreto-ley.

Dudas acerca de la constitucionalidad se presentaron ya en el primer Decreto-ley dictado por el Gobierno socialista a los pocos días de haber asumido realmente el poder. Me refiero al Real Decreto-ley 22/1982 de 7 de diciembre por el que se introducían determinados cambios en la organización del Gobierno. El tema se planteó en el propio debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley ante el Congreso de los Diputados. En realidad, fue el Ministro de la Presidencia, Sr. Moscoso, quien sacó a colación el tema en su intervención inicial de solicitud de convalidación por la Cámara. Aunque la reforma, decía el Sr.

Ministro, se podía haber efectuado por Real Decreto, como se ha
hecho bía hasta el momento siempre basándose en la Disposición Final
 de la Ley de Regimen Jurídico de la Administración del Estado,
 el Gobierno había preferido hacerlo por Decreto-ley para ser má
 respetuoso con la Constitución y con la propia LRJAE, cuyo ar-
 tículo 3.2 establece la "regla" de la creación, supresión o re-
 forma de los Departamentos Ministeriales por Ley, contemplándo-
 se en la disposición final una simple "excepción" a dicha re-
 gla, admitiéndose el recurso al Real Decreto. "El Gobierno, con
cluiría el Ministro, por respeto al texto constitucional, por
 respeto a esta Cámara, ha querido volver a la situación origi-
 nal, exigiendo el rango de Ley para cualquier modificación e-
 sencial de su estructura, por lo que deroga en este Decreto-ley
 la Disposición final primera a la que me he referido, con lo
 cual se da razón a la Constitución que, en su artículo 103.2,
 exige que los órganos de la Administración del Estado sean re-
 gidos, creados y coordinados de acuerdo con la ley" (Diario de
 Sesiones del Congreso de los Diputados. II Legislatura. Sesión
 de 28 de diciembre de 1982. pág. 159-160).

En dicho debate el Grupo Parlamentario de AP, a través de
 del Diputado Herrero de Miñón, tendría una intervención pinto-
 resca, sin abordar el tema de la constitucionalidad o anticons-
 titucionalidad del Decreto-ley, a pesar de que con posteriori-
 dad 54 Diputados de dicho Grupo Parlamentario encabezados por
 el Diputado Ruiz Gallardón presentarían un Recurso de Inconsti-
 tucionalidad contra el mismo (el 101/1982, BOE de 12 de marzo
 de 1983). Pero el portavoz de UCD, Sr. Lavilla, sí que lo abor-
 daría de manera expresa, haciendo gala además de una excelente
 capacidad de análisis jurídico. En su opinión el Decreto-ley e-
 ra anticonstitucional por los dos siguientes motivos:

1º Porque estamos ante normas que afectan a una institución básica del Estado -- el Gobierno y la Administración -- y del ámbito de los Decretos-leyes está excluido, por imperio del artículo 86 de la Constitución, todo aquello que afecte a la ordenación de las instituciones básicas del Estado.

2º Porque en dicho Decreto-ley se hace referencia al estatuto de los Magistrados y los Jueces, que es materia reservada a la Ley Orgánica (págs. 166-167).

En el debate en el Congreso de los Diputados no se pronunciaría sobre el tema ningún otro Grupo Parlamentario, si bien, como se ha indicado, el Grupo Popular recurriría por anticonstitucionalidad el Decreto-ley, recurso que debe estar a punto de ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

Dudas asimismo sobre su constitucionalidad se plantearon en el debate parlamentario a propósito del Real Decreto-ley 24/1982 de 29 de diciembre sobre medidas presupuestarias, financieras y tributarias. También en este caso el Ministro de Hacienda, Sr. Boyer, abordaría el tema en su intervención inicial argumentando que el Decreto-ley era constitucional porque no afectaba a materias de ley orgánica, únicas excluidas de regulación por Decreto-ley, y porque la práctica de los Decretos-leyes en materia tributaria estaba perfectamente consolidada, procediendo a una enumeración de los dictados en la materia desde la aprobación de la Constitución. (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. II Legislatura. Sesión de 27 de enero de 1983. págs. 364-365).

En sentido distinto se pronunciarían, de pasada el Diputado comunista, Sr. Pérez Royo, y de una manera mucho más frontal el Diputado de Minoría Catalana, Sr. Roca.

El primero se mostraría de acuerdo con el Ministro en que es perfectamente admisible el Decreto-ley en materia tributaria. Pero añadiría: "Este es un Decreto-ley extraordinariamente complejo, en el cual se encuentran materias que, perfectamente, pueden ser reguladas o abordadas por el Decreto-ley... Pero hay también materias estrictamente presupuestarias... modificaciones presupuestarias" (pág. 391). Y añadía: "Tengo que distinguir entre la normal competencia legislativa y la competencia presupuestaria, como una competencia distinta de la normal competencia legislativa y, en consecuencia, mientras que el Decreto-ley puede ser un perfecto sucedáneo para la imposibilidad del uso normal de la competencia legislativa por esta Cámara, en cambio, no puede sustituir la competencia específica de esta Cámara en materia presupuestaria. Para eso está la prórroga automática que establece la Constitución, pero no el mecanismo del Decreto-ley" (págs. 391-392).

El segundo haría un ataque más frontal a la constitucionalidad del Decreto-ley y tras afirmar que "estamos ante una alteración del orden constitucional previsto" (pág. 406), utilizaría estos tres argumentos:

1º que no hay coincidencia entre las materias reservadas a la Ley Orgánica y las excluidas de regulación por Decreto-ley, como había afirmado el Ministro de Hacienda, sino que la exclusión era más amplia;

2º que la reserva presupuestaria a favor de las Cortes Generales impide el uso del Decreto-ley en la materia. "Deberá aceptarse que, como mínimo, es discutible que una reserva tan especial como es la que se contiene en este artículo 134 pueda ser reconducida por la vía del artículo 86 en una disposición legislativa provisional" (pág. 407)

3º que en el Decreto-ley en cuestión se hace referencia al Fondo de Compensación Interterritorial y se afecta, por lo tanto, al régimen de las Comunidades Autónomas, materia también excluida de regulación por Decreto-ley (pág. 407).

También este Decreto-ley fue recurrido por parlamentarios de AP y está pendiente de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre él.

Pero, sin duda, los dos primeros Decretos-leyes de 1983 serían los más llamativos desde el punto de vista de la posible anticonstitucionalidad.

El primero de ellos, el 1/1983 de 9 de febrero, que deroga la exacción sobre las gasolinas de automoción en las islas Canarias, Ceuta y Melilla, fue recurrido por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Canarias y ha sido declarado anticonstitucional por el Tribunal Constitucional en la sentencia 49/1984 de 5 de abril (hay un Voto Particular del Magistrado Sr. Arozamena). Sin embargo, ni el Decreto-ley en cuanto tal ni la sentencia del Tribunal Constitucional son significativos en relación con la problemática constitucional de este tipo de disposiciones, ya que el motivo por el que el Tribunal ha estimado la anticonstitucionalidad del Decreto-ley hubiera valido igualmente, aunque el contenido de la norma hubiera estado incluido en una Ley de las Cortes Generales. Pues lo que estaba en juego era si el Decreto-ley modificaba o no el "régimen económico-fiscal" de Canarias, el cual sólo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional 3ª de la Constitución, previo Informe del Parlamento Canario, que, para ser favorable, deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus miembros. Al haberse efectuado de forma distinta, la norma era anticonstitucional. Obviamente el que dicha norma fuera un

Decreto-ley no tiene, desde este punto de vista, ninguna importancia. Lo esencial es la omisión del trámite de informe previo del Parlamento Canario. (Esto resulta con toda claridad de la conclusión que formula la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Fto. Jco. nº 7).

El segundo, el Real Decreto-ley 2/1983 de 23 de febrero es sin duda, el Decreto-ley más famoso desde la aprobación de la Constitución. Se trata del Decreto-ley de expropiación de RUMASA, que ha dado lugar al debate más intenso hasta la fecha sobre la institución del Decreto-ley y que condujo incluso a una situación considerablemente incómoda al Tribunal Constitucional el cual se dividió por igual entre Magistrados que consideraban que el Decreto-ley era anticonstitucional y Magistrados que lo estimaron conforme a la Constitución. Como es lógico, dicha decisión del Tribunal Constitucional avivó todavía más la polémica, que continua teniendo actualidad, si bien está centrada ya en otra perspectiva, distinta de la del instrumento jurídico que se empleó originariamente, sobre todo tras la admisión a trámite por el Tribunal Constitucional de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada contra la "Ley de expropiación de RUMASA" en la que se convirtió el Decreto-ley tras su tramitación por el apartado 3 del artículo 86.

No es nuestra intención pronunciarnos en este ^{manifiesto} ~~manifiesto~~ sobre el tema, porque a los efectos que se persiguen con este ~~trabajo~~ ~~trabajo~~ trabajo no lo consideramos en absoluto necesario. Aquí de lo que se trata es simplemente de poner de manifiesto que el marco constitucional general respecto a la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno y el particular sobre el Decreto-ley se han visto desbordados en la práctica, bien de manera contundente o bien con Decretos-leyes sobre cuya constitucionalidad existen dudas razonables. Y es ob

vio que el Decreto-ley de expropiación de RUMASA es uno de ellos.

Sintetizando lo que llevamos expuesto hasta el momento, pensamos que no es aventurado afirmar que nos encontramos ante uno de los casos más llamativos de desviación de la práctica normativa del texto constitucional, desviación tanto más significativa si se tiene en cuenta que estamos todavía en la mitad de la Segunda Legislatura Constitucional. Demasiado poco tiempo para una desviación tan considerable, posiblemente la de más en tidad hasta la fecha.

IV.- INTERPRETACION DEL DECRETO-LEY POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El uso que se ha hecho del Decreto-ley ha condicionado, por lo demás, como no podía ser de otra manera, la interpretación que se ha hecho del mismo y en especial una interpretación tan cualificada como es la que efectúa el Tribunal Constitucional. La verdad es que este último, situado ante la embarazosa situación de tener que pronunciarse con más frecuencia de la que sería de desear sobre unas normas definidas de la forma en que lo están en el artículo 86 de la Constitución, no ha tenido más remedio que tomar en consideración qué es lo que está ocurriendo en la práctica con la institución y se ha visto forzado a una interpretación de la misma sumamente generosa, legitimando en buena medida el recurso frecuente por parte de los distintos Gobiernos a esta técnica normativa.

Dicha generosidad en la interpretación por parte del Tribunal Constitucional se pone de manifiesto desde múltiples puntos de vista: primero, en la propia definición de la naturaleza del

Decreto-ley; segundo, en la caracterización del presupuesto de hecho habilitante; tercero, en la interpretación muy restrictiva de las materias excluidas de regulación por Decreto-ley; y cuarto, en los efectos atribuidos a la tramitación del Decreto-ley como Ley por el procedimiento de urgencia previsto en el apartado 3 del artículo 86.

En efecto, por lo que al primer punto se refiere, hay que resaltar que el Tribunal Constitucional no considera al Decreto ley como una norma rigurosamente excepcional, como en principio parecía ser la intención de los constituyentes, como ya vimos, sino que la considera simplemente como un instrumento normativo no-normal, no-ordinario. El ejercicio de la potestad normativa con fuerza de ley no debe hacerse normalmente mediante Decreto-ley. Pero nada más. Ello lo afirma expresamente el Tribunal Constitucional en el Fto. Jco. nº 5 de la Sentencia 6/1983 de 4 de febrero, en el que dice textualmente: "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 poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional, entendiendo por tales aquellas en que pueda existir un peligro inminente para el orden constitucional. 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".

Realmente los términos que emplea el Tribunal Constitucional parecen más apropiados para la definición de la Ley en el Estado Constitucional contemporáneo, condicionada, a pesar de su vocación de permanencia y estabilidad, por el cambio incesan

te que tiene lugar en la sociedad a la que va dirigida, que para la definición del Decreto-ley. El "instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual" es la Ley, la Ley ordinaria o la Ley a secas. La decretación de urgencia, en principio, parece que debe tener un significado distinto. Pero, sea como sea, así es co-mo se ha pronunciado el Tribunal.

Esta definición de la naturaleza del Decreto-ley como instrumento normativo simplemente no ordinario, la apuntala el Tribunal Constitucional desde un doble punto de vista:

1º A diferencia de lo que ocurre con la Ley Orgánica, a la que el Tribunal Constitucional considera un instrumento excepcional en el sentido de que altera un principio básico de nuestro sistema democrático, como es el principio de mayoría simple o relativa (Sentencias 5/1981 de 13 de febrero, 6/1982 de 22 de febrero y 76/1983 de 5 de agosto), el recurso al Decreto-ley no supone para el Tribunal Constitucional una alteración comparable. Ciertamente el Tribunal afirma expresamente que la "regla" para la emisión de normas con fuerza de ley es el artículo 66 de la Constitución y que el artículo 86 es la "excepción" (STC 29/1982 de 31 de mayo, Fto. Jco. nº 1) Pero aparte de recordar esta obviedad, el Tribunal Constitucional no insiste en lo más mínimo en ella. Más bien al contrario. Cuando se extiende sobre ella manifiesta una clara tendencia a reducir el rigor de la excepción (STC 6/1983 de 4 de febrero).

2º Circunscribiendo las medidas realmente excepcionales al ámbito del artículo 116 de la Constitución y admitiendo, en consecuencia, la utilización del Decreto-ley como instrumento no-normal, pero tampoco rigurosamente excepcional, extraordinario. "Apoyan esta interpretación dostipos de consideraciones: por un

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" (STC 6/1983 de 4 de febrero. Fto. Jco. nº 5).

Ahora bien, esta definición de la naturaleza del Decreto-ley conlleva de manera lógica una determinada caracterización del presupuesto de hecho habilitante -- "extraordinaria y urgente necesidad" --, que se singulariza en la interpretación jurisprudencial por lo siguiente:

a) Discrecionalidad prácticamente total del Gobierno en la apreciación del presupuesto de hecho habilitante. Aunque el Tribunal Constitucional se reserva en teoría el control de si se dan las circunstancias de extraordinaria necesidad y urgencia ("El aseguramiento de estos límites, 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 T.C." STC 29/1982 de 31 de mayo. Fto. Jco. nº 3), sin embargo, acentúa mucho más "el peso que en 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", razón por la cual reduce su posible rechazo de "la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y

urgente necesidad" a los "supuestos de uso abusivo o arbitrario", para concluir: "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuando la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por la vía del Decreto-ley" (STC 29/1982 de 31 de mayo. Fto. Jco. nº 3).

b) Relativización de la extraordinaria necesidad y urgencia desde un doble punto de vista: primero, desde la perspectiva de que la necesidad justificadora del Decreto-ley no tiene que ser una necesidad absoluta, objetivamente existente y susceptible de ser apreciada como tal por cualquier observador imparcial (con cierto grado de flexibilidad, por supuesto); segundo, que el punto de referencia para definir la extraordinaria y urgente necesidad son los objetivos de la política gubernamental, con lo cual la libertad de apreciación del Gobierno se convierte en prácticamente ilimitada. "La necesidad justificadora de los Decretos-leyes, dice el Tribunal Constitucional, no se puede entender como una necesidad absoluta... sino que hay que entenderla 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... la utilización del Decreto-ley... tiene que reputarse 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" (STC 6/1983 de 4 de febrero. Fto. Jco. nº 5)

No es de extrañar, en consecuencia, tras lo que llevamos expuesto, que el Tribunal Constitucional, también en clara contraposición a su jurisprudencia acerca de la Ley Orgánica, interprete de manera restrictiva las materias excluidas de regulación por Decreto-ley, abriendo con ello un amplio campo a la utilización de este instrumento. Ello se pone claramente de manifiesto en las Sentencias 6/1983 de 4 de febrero y 111/1983 de 2 de diciembre, en las que el Tribunal Constitucional considera constitucionales dos Decretos-leyes relacionados, cuando menos, con los artículos 31, 33 y 38 de la Constitución, interpretando de manera extraordinariamente restrictiva el alcance del verbo "afectar" utilizado por el artículo 86 e introduciendo una diferenciación entre los derechos según su posición en el Título I (en la Sección Primera del Capítulo II o en las demás), que abre un margen de maniobra considerable a la técnica del Decreto ley (ver en especial la Sentencia 111/1983 de 2 de diciembre y en particular el Fto. Jco. Octavo, en el que se llega a calificar al derecho de propiedad de derecho subjetivo "debilitado", que permite flexibilizar la interpretación del artículo 86 y el alcance de las exclusiones en él contenidas).

Por último, simplemente indicar la importancia que el Tribunal Constitucional atribuye a la convalidación del Decreto-ley y en especial a su tramitación como ley por el procedimiento de urgencia, que borra casi por completo el origen gubernamental del Decreto-ley y casi suprime por completo todo vicio de inconstitucionalidad. Esto se pone particularmente de manifiesto en la sentencia 111/1983 de 2 de diciembre, en la que se está produciendo constantemente un tránsito del Decreto-ley a la Ley en que aquel desemboca, a través del cual, no de manera rotunda, pero sí implícitamente, el Tribunal Constitucional in-

tenta justificar la constitucionalidad de todo el proceso. A ello se referirían los seis Magistrados firmantes del Voto Particular a dicha Sentencia, que se inicia de la siguiente forma: "Nuestra primera discrepancia respecto del parecer mayoritario se refiere a la posible incidencia de la Ley 7/1983, posterior al Decreto-ley impugnado 2/1983, sobre el ámbito del presente recurso de inconstitucionalidad. La relación entre ambas normas puede ser entendida de dos maneras diferentes: bien considerando que el Decreto-ley y la Ley posterior son dos normas distintas, bien estimando que representan dos momentos de la misma norma... La opinión de la que disentimos oscila entre estas dos concepciones incompatibles, aceptando de cada una de ellas tan sólo una consecuencia y negando la otra. Estima, de una parte, que la impugnación del Decreto-ley no arrastra necesariamente la impugnación de la Ley, pero al mismo tiempo, mediante alusiones a la 'retroactividad' de esta Ley, cuyo alcance como norma determinante de la expropiación hace retroceder hasta el momento de la promulgación del Decreto-ley, atribuye implícitamente a la Ley eficacia para sanar los vicios formales del Decreto-ley".

V.- CONCLUSIONES PROVISIONALES

A estas alturas de nuestra experiencia constitucional y tras lo que se acaba de exponer, pensamos que está claro que el Decreto-ley no es en la realidad la institución que se podría deducir de la lectura de la Constitución, sobre todo a la luz de los trabajos constituyentes. Cualquier "jurista persa" que intentara explicar el sentido de la institución ofrecería una imagen del Decreto-ley muy alejada de lo que es en la práctica.

En realidad, estamos ante uno de esos casos en los que tal vez se hubiera podido hablar de "mudanza" o "mutación constitucional", es decir, de un cambio en el funcionamiento de la institución sin que haya cambiado el texto de la Constitución que la regula. Pero en este supuesto se ha de decir que lo que se ha producido, hablando con rigor, es una desviación entre el Derecho Constitucional y la Realidad Constitucional (Verfassungsrecht/Verfassungswirklichkeit) desde los primeros momentos y no una paulatina, lenta y casi imperceptible evolución del instituto, que ha conducido a la postre a conferirle una función distinta de la prevista en el texto constitucional. Dicho con otras palabras: no se está acabando por hacer un uso determinado del Decreto-ley, sino que se empezó ya en el mes de enero de 1979 a hacer un uso determinado del mismo y no se ha dejado desde entonces de continuar con la misma práctica.

En consecuencia, más que de una mutación constitucional en el sentido técnico y preciso del concepto, estamos ante una separación entre teoría y práctica, entre norma y realidad. La Constitución dice una cosa y se hace otra. Y la intensidad de la desviación ha llegado a ser tan importante que, como hemos visto, hasta el propio Tribunal Constitucional ha tenido que tomarla en consideración y adecuar a ella su interpretación del artículo 86.

Naturalmente cuando esto ocurre tan inmediatamente después de estrenada una Constitución es necesario plantearse la cuestión: ¿ estuvo realmente acertado el constituyente a la hora de fijar el marco de la distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno ?; ¿ es verdaderamente razonable tras la experiencia acumulada en los últimos decenios y en especial a partir de la crisis económica de 1929 en este terre-

no reservar al Parlamento toda la normación "inicial" y dejar reducida la del Gobierno a la "secundaria y subordinada" ?; ¿ es diferente la experiencia que se está viviendo en España de la de los países de nuestro ámbito histórico y cultural ?

La verdad es que cuando se analizan globalmente los Decretos-leyes dictados a lo largo de estos años y si prescindimos de algunos del primer año, condicionados por el fenómeno del terrorismo y de las dificultades de la inicial puesta en marcha del "Estado de las Autonomías", la casi totalidad de los Decretos-leyes se refieren a materias de tipo económico y/o fiscal o de organización administrativa, es decir, se centran en los dos ámbitos a los que se ha extendido tradicionalmente la normación de origen gubernamental. Esto es algo que viene ocurriendo ya desde hace bastantes decenios en casi todos los países de nuestro entorno, independientemente del marco constitucional e incluso a pesar del marco constitucional y de la prohibición expresa de dicha normativa de origen gubernamental. Y ello está ocurriendo también en nuestra reciente experiencia constitucional. El constituyente español extremó el rigor a la hora de regular la capacidad normativa del Gobierno y el resultado final está siendo una separación constante entre la norma y la realidad. Como decía Engels en el Anti-Dühring, las cosas que se tiran por la puerta entran por la ventana. Y eso es lo que está ocurriendo en nuestro país por la vía del Decreto-ley. Por lo demás y como ^{hanos visto ya} ~~se ha visto ya~~, este fenómeno no es una peculiaridad española, sino que, de una o de otra manera, se da en todos los países occidentales democráticos, en los que no formalmente, pero sí desde un punto de vista sustantivo, se constatan las mismas relaciones entre la legislación parlamentaria y la normación de origen gubernamental.

Observaciones en torno a los límites de la
potestad reglamentaria del Gobierno.

Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
Universidad Complutense de Madrid

I.- Referencia al marco constitucional.

La Constitución, según nos dice su Preámbulo, pretende -entre otros objetivos- construir un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo. Asume así los postulados que informan la cultura jurídico-política que se despliega a partir de las revoluciones burguesas. Posteriormente, en el articulado, concreta estos propósitos con fórmulas normativas que definen a España como un Estado social y democrático de Derecho, basado en la soberanía popular y en un régimen representativo articulado por el pluralismo político-social.

En este contexto, las determinaciones básicas para la vida nacional son adoptadas, dentro del respeto a la Constitución, por el legislador. De esta forma, la ley es la principal fuente de Derecho porque expresa la voluntad popular y las Cortes, que la representan, adquieren una posición central en el ordenamiento constitucional.

Son todas estas unas nociones elementales que no precisan de ulteriores explicaciones en este lugar. Nos basta con apuntarlas y ~~con~~hacer una observación más: en nuestro ordenamiento, los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, por este orden. Y del mismo modo que la ^{ley} ~~Constitución~~ encuen-

tra su fundamento jurídico y su validez en la Constitución, las restantes fuentes normativas y los actos aplicativos - del Derecho que realizan los operadores jurídicos, además - de constitucionales, han de ser legales. Es decir, han de - ajustarse a la ley (1).

Por otra parte, la Constitución introduce un evidente contenido material que ha de informar necesariamente a la totalidad del ordenamiento jurídico. Las afirmaciones del Preámbulo, el reconocimiento de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como valores superiores, las referencias del artículo 10.1 a los fundamentos del orden político y de la paz social, configuran una dimensión axiológica que identifica la concepción constitucional del Derecho (2). Esto - quiere decir, que lejos de todo planteamiento positivista y formalista, las normas jurídicas tienen que ser coherentes - con esa carga valorativa que singulariza el texto fundamental. En realidad, lo que sucede es que el constituyente ha recuperado y profundizado el contenido material que cualificó desde sus primeras manifestaciones al Derecho constitucional. Así, se explica la distinción entre Derecho constitucional y Derecho de dominación política (3) o la diferencia que existe entre el constitucionalismo normativo y el semántico (4).

A la vista de estas ideas, es posible afirmar que la primacía de la ley bajo el imperio de la Constitución se encuadra en el respeto del legislador tanto a las formas como a los contenidos materiales de la norma suprema. Y para que este sometimiento sea efectivo, el constituyente ha desarrollado el esquema organizativo del Estado de Derecho dotándole de un importante sistema de garantías que culminan en la justicia constitucional.

Ahora bien, profundizando en el principio de supremacía - de la Constitución (art. 9.1 CE) y en el imperio de la ley, que, además de en el Preámbulo, se enuncia con carácter general en el artículo 9.3 CE, conviene precisar que proyectan su eficacia de distinta manera según se contemplen en relación con los ciudadanos o con los poderes públicos. Así, respecto de los prime-

se presentan como una garantía que les permite desplegar su autonomía en todas aquellas esferas que, no se les prohíben. En cambio, respecto a los poderes públicos, la Constitución y la ley operan como presupuestos que habilitan su actuación.

Este planteamiento se impone desde el momento en que el orden jurídico-político se cimenta sobre la soberanía popular y sobre el respeto a la dignidad humana. El Estado, los poderes públicos adquieren entonces un carácter instrumental y, por tanto, limitado. La justificación política de este planteamiento es evidente. La construcción jurídica que expresa esa diferente vinculación del Derecho la ha formulado Kelsen: "un individuo que no funcione como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar. Desde el punto de vista de la técnica jurídica es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta con no autorizarlo a hacerla" (5).

En esta línea parece moverse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 9.1 CE cuando afirma - que de este precepto "deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto de quienes son titulares de poderes públicos" (6). Ciertamente, no llega a las últimas consecuencias que hemos señalado antes, pero tal vez la causa sea que no ^{lo} requería así la cuestión que en ese momento examinaba: el recurso de amparo interpuesto por parlamentarios gallegos privados de sus derechos en cuanto tales por no prestar el juramento de acatamiento de la Constitución y del Estatuto.

Si, además de cuanto llevamos dicho, tenemos presente la importante tabla de derechos y libertades constitucionales y su fuerza vinculante para los poderes públicos (art. 53.1 CE), no hay duda de que la valoración que nos debe merecer el Estado que ha refundado la Constitución de 1978 tiene que ser francamente po-

sitiva. Establece un Estado de Derecho no sólo formal sino también material. Además organiza un notable conjunto de instrumentos para mayor garantía y seguridad de los ciudadanos.

2.- Los reglamentos en el ordenamiento jurídico.

Es un hecho ampliamente contrastado que la Constitución como principio organizador de la convivencia política se ve acompañada y, en ocasiones, relativizada por la Administración y el Derecho administrativo (7). En efecto, se subraya ~~la~~ su potencialidad conformadora de la sociedad, su intensa capacidad organizadora de las estructuras sociales y la amenaza que la intervención administrativa representa para la propia libertad. No se trata sino de las consecuencias derivadas de las transformaciones del Estado contemporáneo (8) que conducen a un crecimiento desorbitado de la organización administrativa y plantean problemas de adaptación al Estado de Derecho en su configuración original (9).

En realidad, se asiste a la consagración del protagonismo del Poder ejecutivo, del Gobierno y de la Administración en el marco del Estado social de Derecho. La Constitución expresa esta realidad robusteciendo notablemente la posición del Gobierno en cuanto director de la política nacional y de los aparatos de la Administración central. De esta manera, es posible afirmar que si las Cortes son el eje central del sistema constitucional, el Gobierno es el motor que impulsa su funcionamiento.

Entre los distintos instrumentos con que cuenta para cumplir con este cometido se halla la potestad reglamentaria que le atribuye el art. 97 CE. Se trata de una de las manifestaciones del poder normativo del Gobierno que, sin duda, es mucho más amplio. . Así, recordemos que le corresponde aprobar los decretos-leyes y los decretos legislativos. Además, no puede olvidarse su privilegiada posición en materia de iniciativa legislativa y, en general, en todo el procedimiento ~~legislativo~~ de elaboración de las leyes. Tampoco hay que desconocer que le corresponde concertar, de acuerdo con la Constitución, los tratados y convenios internacionales.

De todo este conjunto de temas, nos vamos a centrar en los reglamentos gubernamentales para examinar algunos aspectos de su régimen jurídico que nos han parecido significativos.

En este sentido tal vez la primera precisión que convenga realizar sea la de distinguirlos de otros actos jurídicos de los órganos constitucionales que reciben esta denominación. En efecto, la Constitución alude a los reglamentos parlamentarios (art. 72.1 CE) y las leyes orgánicas reconocen poderes reglamentarios al Tribunal Constitucional (art. 2 LOTC) y al Consejo General del Poder Judicial (art. 5 LOGPJ) (10).

Resulta así que los distintos órganos constitucionales gozan de poder reglamentario. Ahora bien, si con el concepto de reglamento se quiere hacer referencia a todos estos actos jurídicos, es necesario observar que esa categoría no sería en modo alguno unitaria. Si acaso la única nota común sería la propia denominación y el hecho de que en todos ellos pueden encontrarse aspectos organizativos, aunque este no sea un contenido necesario del reglamento gubernamental y sí de los demás. Fuera de estos extremos, las principales diferencias estriban, por una parte, en la propia posición del reglamento en el ordenamiento jurídico: así solamente los de las Cortes están inmediatamente subordinados a la Constitución y sometidos al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional por los trámites del control de constitucionalidad (11). ~~Por otra parte~~ Los demás, en cambio, están subordinados a la Constitución y a la ley. Por otra parte, atendiendo a la extensión objetiva de la potestad reglamentaria, vemos que la de las Cámaras, la del Tribunal Constitucional y la del Consejo General del Poder Judicial es sustancialmente organizativa. Sin embargo, la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque también pueda ser organizativa es fundamentalmente de desarrollo e integración de las leyes. La diferencia es, pues, notable y, por eso, parece difícil mantener la naturaleza unitaria de todas estas figuras.

En realidad, creemos que estas manifestaciones reglamentarias de contenido organizativo pueden explicarse mejor si se relacionan con la posición de órganos constitucionales que poseen las Cámaras, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder

Judicial. Es decir, su condición de "órganos a los que se^{les} confía la actividad directa del Estado y que gozan, dentro de los límites del Derecho objetivo, que los coordina entre sí pero no les subordina el uno al otro, de una completa independencia recíproca" (12). Organos que son inmediatos, que "traen su investidura directamente del acto constitutivo y que son coesenciales al tipo de ordenamiento que éste hace surgir; de ahí deriva su posición de supremacía respecto a los otros y de recíproca independencia entre ellos, de manera que pueda darse también su recíproco ~~control~~ control" (13).

Por otra parte, se suele reconocer a todo ente institucionalizado lo que se ha denominado "poder de organización", entendiendo por tal la facultad de emanar normas exclusivamente dirigidas a su organización interna sin que, en modo alguno, puedan afectar a la posición jurídica de los ciudadanos. Vendría a ser una especie de poder inherente a la naturaleza institucional de un ente o un órgano individualizado.

3.- La potestad reglamentaria del Gobierno.

A) Ley y reglamento.

En consecuencia, vamos a ceñirnos exclusivamente a lo que el art. 97 CE denomina "potestad reglamentaria" del Gobierno* y, por lo tanto, a los reglamentos gubernamentales. Según hemos señalado, la potestad reglamentaria está sometida en su ejercicio a la Constitución y las leyes. Así lo dice expresamente el mismo art. 97 CE. Los reglamentos están vinculados a dos tipos de normas, las constitucionales y las legales. Sin embargo, su conexión inmediata es con las leyes, las cuales, a su vez, están inmediatamente subordinadas a la Constitución.

Como es evidente, resulta entonces que la noción y la posición del reglamento gubernamental depende de la ~~posición~~ relación que mantiene con la ley. Se hace necesario, por lo tanto, realizar algunas precisiones sobre esta fuente.

En el ordenamiento constitucional español, la ley -entendida

en sentido amplio, pues existen varias ~~clases~~ de leyes- se concibe como una norma primaria, que innova el Derecho objetivo, capaz de regular cualquier materia dentro del respeto a la Constitución. Está jerárquicamente supraordinada al reglamento que en modo alguno podrá contradecirla (14). Así, la fuerza típica de la ley le permite, por un lado, innovar la legislación precedente y, por el otro resistir, prevalecer frente a toda modificación que no provenga de otra ley.

No existe ningún campo vedado al legislador, ni, por consiguiente, reserva alguna a favor del reglamento. La condición expansiva de la ley (15) obliga al replanteamiento del significado de las reservas legales. Como señala Mortati, (16), en este contexto, el principio de legalidad absorbe al de reserva. Por eso, es necesario buscar un sentido nuevo a esta institución. Así se pasa a ~~considerar~~ hablar de la reserva de ley como una técnica para "significar acepciones adicionales o segundas" (17).

El carácter primario de la ley apunta a su capacidad innovadora del ordenamiento jurídico: introduce, modifica, elimina normas y al hacerlo define, modula, limita la posición jurídica de los ciudadanos y de los poderes públicos.

Sin embargo, no puede afirmarse ^{tecnicamente} un concepto material de la ley. En efecto, si ~~esta~~ está superada ~~su~~ identificación con el tratamiento exclusivo de lo relativo a la libertad y la propiedad y, por ello, no podemos definirla desde esta perspectiva, tampoco es posible diferenciarla en base a la generalidad y abstracción de sus mandatos. En primer lugar, porque otras normas, por ejemplo, las reglamentarias también tienen este carácter. En segundo lugar, porque hay leyes de contenido particular y concreto. Incluso la definición política de la ley, es decir, su conceptualización como acto básico de orientación política es realmente difícil de aplicar a supuestos como el de la ley 17/1984, de 1 de junio por la que se ~~modifican~~ modifican las plantillas de los músicos y bandas del Ejército del Aire sin incremento de gasto público.

Por tanto, solamente es ~~la~~ viable un concepto formal de ley: acto normativo de las Cortes Generales o de las Asambleas legis-

lativas de las Comunidades Autónomas, elaborado conforme al procedimiento legislativo, aprobado como ley y publicado, tras la sanción y promulgación ~~en~~ en el Boletín Oficial del Estado.

Cuanto hemos indicado se desprende del tratamiento que la Constitución dedica a esta fuente normativa, así como de la interpretación conforme a la Constitución de otros textos legales, ^{mente}especial el Título preliminar del Código Civil. Queremos decir que no existe una normativa constitucional dedicada directamente a definir de manera sistemática el concepto, ^{ca}naturaleza y la eficacia de las leyes.

B) Configuración constitucional del reglamento.

Otro tanto puede decirse de los reglamentos gubernamentales. En este caso, además, con la particularidad de que ni siquiera los menciona el artículo 1 del Código Civil. La Constitución, por su parte, se limita a enunciar la potestad reglamentaria del Gobierno sin definirla. Ahora bien, se desprenden en todo caso de ella los siguientes extremos: a) el reglamento es un acto normativo del gobierno (art. 97 C.E.); b) adopta la forma de Decreto expedido por el Rey (art. 62. f. C.E.); c) está sometido a la Constitución y a la ley (art. 97 C.E.); d) el ejercicio de la potestad reglamentaria es controlado por el poder judicial (art. 106. 1. C.E.).

Además, es preciso tener en cuenta, las exigencias de jerarquía normativa, irretróactividad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 C.E. Asimismo el artículo 105 a) C.E. encarga a la ley regular la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y no es posible olvidar que la Administración Pública, y, por tanto, el gobierno que la dirige, deben servir con objetividad los intereses generales y para ello han de someterse plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103. 1 C.E.).

Por último, resulta evidente, como ya hemos dicho que no exis

te una materia que esté reservada al reglamento. Los reglamentos gubernamentales no pueden subordinarse directamente a la Constitución, es precisa la interpositio legislatoris (art. 97 C.E.). Por eso, adquieren un cierto carácter residual, pues, en principio, solamente pueden operar donde lo consienta la ley, sin contradecirla nunca y, desde luego, sin poder abordar aquellas materias protegidas por las reservas legales.

De ~~XXX~~ todo este conjunto de principios que enmarcan la posición del reglamento en el seno del ordenamiento jurídico nos interesa subrayar dos cuestiones. La primera es la tendencia que se advierte en la Constitución de asegurar el imperio de la ley y, de la jerarquía normativa. En este sentido, existe una clara preocupación por garantizar la regularidad jurídica, en último extremo, la coherencia del ordenamiento y su armonía interna. Las distintas expresiones que se refieren a la sujeción a la Constitución, a la conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico, al sometimiento pleno al Derecho, así lo indican. Esto, obviamente conduce a la comprensión del espacio que pueda quedar para las fuentes subordinadas a la Constitución y a la ley. Desde esta perspectiva, encontramos una clara continuidad con la argumentación que recalca la preocupación de nuestro Estado de Derecho por la efectividad de sus garantías.

En segundo lugar, la insistencia de la Constitución en subordinar las fuentes infralegales y, en concreto, la reglamentaria no sólo a la Constitución y a la ley, sino también al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.) y al Derecho (art. 103.1 C.E.), parecen indicar que no nos encontramos ante una simple reiteración de ideas, sino que hay algo más que la sumisión a la Constitución y a la ley.

En este punto, es necesario aludir a la interpretación que se ha dado a la expresión "sometimiento pleno a la ley y al Derecho" del artículo 103.1 C.E. En realidad, esta fórmula es la versión española del artículo 20.3 de la Ley fundamental de Bonn según el cual "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho". Ciertamente, la versión alemana es más perfecta técnicamente y más completa,

pues extiende la sumisión a la ley y al Derecho también al Poder judicial, sometido "unicamente al imperio de la ley" por la Constitución española (art. 117.1 C.E.) (18). Además, el artículo 20.3 LFB se refiere no a la Administración sino al Poder ejecutivo, lo que nos parece más acertado puesto que así comprende inequívocamente al conjunto Gobierno-Administración y no se enfatiza la sustantividad de esta última. Hacemos esta observación no con el propósito de negar la existencia institucional de la Administración, sino para llamar la atención sobre su subordinación al Gobierno (artículo 97 C.E.) y sobre la necesidad de diferenciarlos pues los distingue la Constitución.

En todo caso, aun admitiendo la mayor fortuna de la LFB, lo cierto es que nuestro ordenamiento, gracias a la reiteración de normas que proclaman el carácter limitado de los poderes públicos y la subordinación de todas las fuentes a la Constitución y a la ley, consigue los mismos efectos.

La interpretación que la doctrina alemana ha realizado del artículo 20.3 LFB insiste en que esa vinculación a la ley y al Derecho supone la superación del positivismo legalista, de manera que el poder ejecutivo y el judicial quedan sometidos no sólo al Derecho escrito, sino también al no escrito, a los principios generales y a los valores constitucionales. Incluso hay quien considera que se trata de una sumisión no sólo al Derecho positivo, sino también al Derecho natural. Se incorpora, por tanto, una dimensión material, axiológica como ~~el~~ parámetro para delimitar la actuación regular de estos poderes públicos (19).

En nuestro Derecho constitucional, ese efecto está asegurado desde el propio artículo 1.1 C.E., en la medida que contiene una norma de apertura (20) que fundamenta el ordenamiento jurídico sobre un sistema de valores y desde el artículo 9.1 que dispone la sujeción general a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por eso el artículo 103.1 C.E. no es sino una especificación referida a la Administración de ese presupuesto fundamental de la Constitución. Evidentemente, la incorporación de esta carga axiológica incrementa notablemente las facultades fiscalizadoras del Poder judicial y del Tribunal Constitucional a la hora de velar

se refiere a la disciplina de las fuentes tradicionales del derecho: la ley y el reglamento.

Esto no quiere decir, sin embargo que carezcan de importancia. Ya hemos hablado del significado de la ley. Es menester, decir algo ahora sobre el reglamento en cuanto acto normativo. Es una fuente secundaria, sus normas no innovan en sentido propio el ordenamiento en la medida en que operan por debajo de la ley y no pueden modificar por sí mismos -esto es, sin habilitación legal- la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos. En definitiva adolecen del carácter subordinado propio de las normas que se emanan sin la participación directa o indirecta de la comunidad (24).

No obstante, puede decirse que sirven para integrar y desarrollar la ley. Desde esta perspectiva colaboran a la construcción del ordenamiento jurídico e inciden en la esfera de autonomía de las personas. Por eso son fuente del derecho.

En cuanto a la estructura lógico-formal de sus disposiciones, presentan los caracteres de generalidad y abstracción que también se predicán de las leyes (25).

Este carácter secundario, subordinado de las normas reglamentarias no debe llevarnos a engaño. Los reglamentos son los actos normativos que se producen en mayor número y con mayor intensidad en cualquier ordenamiento jurídico. El español no es ninguna excepción. García de Enterría ha hablado de "legislación motorizada" (26). Con esta expresión no sólo se refiere al creciente número de leyes que encuadran nuestra vida, sino también la ingente cantidad de decretos que introducen normas reglamentarias.

De hecho, la vida de cualquier particular se ve acosada constantemente por distintas disposiciones de esta naturaleza. Los fines asistenciales del Estado social de Derecho se traducen en una intervención continua de la Administración en las diferentes facetas de la vida social. La actividad de prestación cobra aquí una gran importancia. Todo ello lleva a la necesidad de dictar reglamentaciones para abordar cada problema específico. Cobra así presencia material el principio Adminis-

traciòn y se hace necesario afrontar el reto que representa la salvaguarda del Estado de Derecho frente a la impresionante estructura del Poder ejecutivo (27).

En este punto, hay que regresar a cuestiones ya mencionadas: el poder reglamentario del gobierno se ejerce de acuerdo con la Constitución y la ley (artículo 97 C.E.). El artículo 9.3 C.E. consagra el principio de legalidad. Es importante, entonces, establecer como juega el principio de legalidad en relación con la acción administrativa y reglamentaria del gobierno.

Aquí se ha producido una conocida evolución tanto del ámbito dentro del que opera el principio de legalidad como de la naturaleza de la vinculación que ejerce sobre el gobierno y la Administración (28). En cuanto a la primera ya se ha dicho que actualmente se concibe a la ley como fuente preferente y universal: no hay materias excluidas para el legislador, solamente podrá admitirse dicha zona excluida para la ley cuando se opere en ordenamientos que expresamente la disponen a nivel constitucional.

Tal es el caso de Francia bajo la Constitución de 1958 (29). Sin embargo, ni siquiera aquí ha prevalecido esta restricción material del ámbito propio de la ley y así la evolución reciente de la jurisprudencia del Consejo Constitucional no sólo ha conducido a una extensión continua del dominio de la ley sino que incluso ha llegado a abandonar definitivamente la noción material de ley que, en principio parece deducirse del artículo 34 de la Constitución francesa (30).

Así, pues, asistimos a la consagración de la capacidad reguladora universal de la ley. Pero, esta ley, tendencialmente, omnícomprensiva ¿cómo opera frente al Gobierno y la Administración? Desde, las primeras formulaciones del Estado de Derecho se ha pretendido asegurar el imperio de la ley frente al Poder ejecutivo. La legalidad de la Administración es uno de los corolarios del Estado de Derecho.

Se trata de someter a Derecho, someter a la voluntad del legislador la acción de los órganos gubernamentales y administrativos. Este propósito se realiza en un primer momento gracias a

una formulación negativa del principio de legalidad: el Poder ejecutivo no puede actuar en contra de las leyes. De esta manera, la ley opera como un límite a la discrecionalidad administrativa. Límite que es reforzado por la técnica de las reservas legales. Esta construcción supone un indudable progreso puesto que permite el control judicial de la observancia de esos límites por el reglamento y, en general, los actos administrativos. Es, pues, una manera de hacer eficaz el principio de la separación de poderes, asegurando la primacía política del órgano representativo de los ciudadanos. En el fondo, esto es lo que significa la subordinación de la acción administrativa a la ley.

Pero si las transformaciones del Estado han producido un crecimiento desorbitado del área del Poder ejecutivo, un ensanchamiento de los ámbitos del Derecho administrativo y, por tanto, de los reglamentos, ese proceso se ha visto acompañado por un esfuerzo paralelo por asegurar el sometimiento al Derecho de esos poderes en expansión. Así es posible hablar de la paulatina configuración del régimen administrativo como una lucha contra las inmunidades del poder (31). En efecto, se observa un importante esfuerzo doctrinal que conducirá a la transformación del sentido del principio de legalidad: de operar como un límite externo a los poderes de la Administración (vinculación negativa), se ha pasado a considerar la ley como presupuesto habilitante para su existencia y ejercicio (vinculación positiva)(32).

Esta doctrina, fundada en concepción gradualista del orden jurídico elaborada por Merkl y adoptada por Kelsen, se ha aplicado a nuestro ordenamiento utilizando para ello preceptos a los que ya hemos aludido: artículo 9.1 y 3 C.E., artículo 103.1 C.E. y relacionándolos con disposiciones legales que ya ofrecían una base preconstitucional para esta interpretación. Así, las nociones de "conformidad al Derecho", o "infracción del ordenamiento jurídico", de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 83), y de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 40.2, 48 y 115). Igualmente, la idea de ordenamiento jurídico acogida por la reforma del Título preliminar del Código Civil. De esta forma se llega a la conclusión de que

"no hay en el Derecho español ningún "espacio franco o libre de ley" en que la Administración pueda actuar con un poder ajuridico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos han de someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento Jurídico" y les priva, actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad) de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa la cual no es válida si no responde a una previsión normativa 2..."El principio de legalidad opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa" (33).

Resumiendo lo que hasta ahora se ha dicho, resulta la siguiente posición del reglamento: a) Es una fuente normativa subordinada a la ley: sólo es posible dictar un reglamento cuando lo autorice la ley y en los términos que ésta disponga b) La ley sólo puede remitir al reglamento cuando se trate de materias que no están protegidas por la técnica de la reserva c) El reglamento para ser válido no sólo ha de respetar la ley, sino el conjunto de valores y principios generales que informan el ordenamiento jurídico d) El control judicial asegura esta correspondencia formal y material del reglamento a la ley y al Derecho, es decir vela por el imperio de la ley.

Esta configuración de los presupuestos y del ámbito propio del reglamento es plenamente coherente con la idea de Estado de Derecho de la Constitución. La potestad reglamentaria está limitada jurídicamente y sintoniza con los principios que caracterizan nuestro ordenamiento constitucional.

- 4.- 4.- El problema de los límites de la potestad reglamentaria en relación con la dinámica de su ejercicio.

No podemos desarrollar en este lugar una teoría completa del reglamento que habría que construir articulando los principios constitucionales examinados con las normas recogidas en distintos textos legales: el Código Civil, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, si haremos algunas referencias concretas a aspectos puntuales del régimen jurídico de los reglamentos del Gobierno con el objeto de poner de manifiesto algunos aspectos problemáticos en torno a su ámbito normativo.

a) El titular de la potestad reglamentaria. El artículo 97 C.E. es terminante en este punto: la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno. Por gobierno hay que entender aquí Consejo de Ministros (34). Creo que conviene subrayar que la atribución se efectúa en favor del Gobierno y no de la Administración. El artículo 97 C.E. también es terminante en este punto (35). Con esta precisión no pretendo realizar una disputa meramente semántica o terminológica, sino enlazar con una interpretación estricta de la Constitución: el Gobierno es un órgano constitucional perfectamente identificado que dirige la política nacional y, para ello ejerce la potestad reglamentaria y la función ejecutiva y dirige la Administración. Pero propiamente no se confunde con ella. La Administración tiene una realidad institucional propia íntimamente ligada al Gobierno pero carente de la naturaleza jurídico-política de éste. El Gobierno responde políticamente ante las Cortes, la Administración responde jurídicamente ante los Tribunales. El gobierno se renueva periódicamente, la Administración permanece.

Por su parte, el reglamento no es sólo un acto administrativo, normalmente, el reglamento gubernamental será también un acto de orientación política. Me parece que hay que tener en cuenta estos datos para situar correctamente la cuestión. Hay que enfocar este tema desde la Constitución, no desde las leyes administrativas.

El artículo 97 C.E. atribuye al poder reglamentario, es decir, la producción de esta fuente normativa, solamente al Gobierno. Esto quiere decir, que los miembros de este y los titulares de los órganos de la Administración carecen de potestad para emanar reglamentos. Sólo si se produce una específica habilitación legislativa podrán dictarlos. Obviamente, nos referimos a reglamentos jurídicos, es decir, a reglamentos que inciden en la esfera jurídica de los particulares. Como ya dijimos antes esto ~~no~~ supone que los ministros u otras autoridades inferiores carezcan de la facultad de dictar normas organizativas (36). De hecho la LRJAE la reconoce expresamente (artículos¹⁴ 23 y sigs.).

b) La propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado contiene otra norma interesante: la que establece la inderogabilidad de los reglamentos. En efecto, el art. 30 señala que "las resoluciones administrativas de carácter singular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a estas" (37). García de Enterría y Fernández Rodríguez encuentran que la justificación de esta norma -que más que un límite al reglamento entienden que representa una regla para su aplicación- en la construcción técnica del principio de legalidad. La Administración -señalan- está sometida a todo el ordenamiento, por lo tanto, también a sus reglamentos. En tanto en cuanto no se haya previsto la dispensa, la derogación singular sería una infracción del propio reglamento.~~xx~~ A diferencia de la ley, el reglamento no puede autorizar derogaciones singulares porque está vinculado a la legalidad, vinculación que no afecta al legislador.

Parece que esta justificación es razonable. Sin embargo, el problema de la derogación singular que excluye el artículo 30 LRJAE puede plantearse en unos términos que conlleven una solución diferente. En este sentido, se ha apuntado (38) que el principio de igualdad sustancial, tal como resulta configurado por el artículo 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la española puede exigir, precisamente un tratamiento particular diferenciado para evitar que la igualdad ante la ley se traduzca en injusticia. Desde luego, este planteamiento se presenta como una excepción. Sin embar-

go, no creo que por eso deba dejar de considerarse: la igualdad no supone necesariamente un trato igual, sino, precisamente, una atención diferenciada para aquellos supuestos que sean objetivamente diferentes. Así planteada, las cosas, habría que recordar que el Gobierno es un poder público y a los poderes públicos les corresponde remover los obstáculos que dificulten la efectividad de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2. C.E.).

c) Entre las distintas clases de reglamentos se encuentran los llamados reglamentos ejecutivos. Son los que ejecutan la ley. Es decir, los que la desarrollan e integran para su más eficaz y aplicación. El reglamento ejecutivo no puede transgredir los contenidos materiales de la ley. Pero esto no significa que se deba limitar a reiterar automáticamente sus preceptos "no debe entenderse que la administración sólo fuese el brazo alargado de la ley y se limitara a ejecutarla automáticamente sin libertad creadora" (39). Como dice Starck, "las palabras de la ley necesitan siempre ser interpretadas", "La vinculación a la ley de la administración ni puede normarse a nivel jurídico-positivo más allá de las posibilidades lingüísticas, ni quedar por debajo de éstas en cuanto que regulada por el Derecho positivo" (40). Precisamente, este margen de que dispone el Gobierno para ejercer la potestad reglamentaria es lo que le otorga al reglamento su condición de fuente.

A ello alude el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1982 de 30 de junio cuando señala: que "la coincidencia de regulaciones materiales en la relación ley-Reglamento en la ^{que} éste asume el desarrollo normativo, que complementa o pormenoriza el texto de la ley, no significa la negación de la nota de "innovatión" como una de las que se predicán acertadamente para definir lo que es el reglamento y no ejecución, pues innovar es, también, desde la perspectiva calificadora que estudiamos el desarrollo de las normas anteriores. Desarrollo normativo, se distingue de aplicación en el esquema de la distinción entre reglamento y acto" (41).

En torno a esta relación ley-reglamento es preciso tener en cuenta otro dato: el reglamento ejecutivo efectúa un desarrollo

normativo de la ley que posee un cierto sentido innovativo como acabamos de ver. Esa interpretación reglamentaria de la ley necesariamente ha de ser conforme a ella. No caben reglamentos contra legem. Será necesario que el Poder judicial controle el sometimiento pleno a la legalidad formal y material. Incluso deberá fiscalizar las integraciones, y complementos secundum y praeter legem que puedan existir en un reglamento para determinar si entran dentro de lo que es el desarrollo normativo de la ley.

Ahora bien, lo que nunca puede admitirse es subordinar la eficacia de la ley al reglamento. Las leyes según el Código Civil (artículo 2.1) entran en vigor a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial del Estado a no ser que dispusieren lo contrario. Creo que es importante recalcar esta cuestión porque existe una tendencia generalizada -sobre todo en la Administración- a relativizar la eficacia de las leyes a la emanación y al propio contenido del reglamento. Admitir la validez de este planteamiento supone alterar radicalmente los conceptos de Estado de Derecho y del principio de legalidad constitucionalmente establecidos. Pasaría a predominar la voluntad gubernamental y administrativa sobre la voluntad legislativa en detrimento de los principios políticos básicos de la soberanía nacional y de la democracia representativa. Lo mismo habría que decir de aquellos supuestos en que una norma reglamentaria suspendiese o condicionase sin habilitación superior previa la aplicación de una ley.

Es cierto que en algunos casos las normas legales necesitan inexcusablemente una concreción reglamentaria. En tales supuestos creemos que la propia ley ha de imponer al Gobierno un plazo determinado para la adopción del correspondiente reglamento y habría que plantearse la exigencia de una responsabilidad gubernamental no solamente política, cuando no lo hiciese y de ese incumplimiento se derivasen perjuicios para los ciudadanos. Lo que, sin duda no puede admitirse es que este tipo de omisión no de lugar en tales casos a responsabilidad.

Fuera de los supuestos en que la concreción reglamentaria sea indispensable hay que afirmar la aplicabilidad directa de la ley:

es decir, su capacidad para configurar situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y para fundamentar en base a ella pretensiones deducibles ante los Tribunales.

Otro tipo de cuestiones que suscita la conexión ley-reglamento se refieren a la situación en que quedaría la norma reglamentaria en el supuesto de que fuese derogada la ley objeto de desarrollo reglamentario o fuese declarada inconstitucional.

Normalmente, en el primer supuesto, si la derogación se produce de una manera expresa, será la ley derogatoria la que fijará su alcance determinando que disposiciones normativas pierden vigencia. Al menos esto sería lo deseable. Ahora bien, cuando es no suceda ¿qué ocurre con los reglamentos ejecutivos? Del mismo modo ¿qué ocurre con los reglamentos dictados en base a leyes declaradas contrarias a la constitución? Porque el Tribunal Constitucional en los procesos de constitucionalidad sólo se pronuncia sobre la ley o sobre las normas con fuerza de ley impugnadas. No puede extender su decisión a los reglamentos (42).

La solución que se impone en los casos de derogación de la ley por contradicción con otra posterior es evidente. Viene dada por ~~xxx~~ un principio general acogido en parte por el art. 2.2 del Código Civil: las disposiciones ~~xxxxxxxx~~posteriores derogan a las anteriores que sean incompatibles con ellas, se refieran a la misma materia, y sean de igual o superior rango. Ahora bien, cuando una ley sea declarada nula por el Tribunal Constitucional se produce una situación en la que el presupuesto habilitante de la potestad reglamentaria, la propia ley, desaparece del ordenamiento jurídico, sin que sea sustituida por otra nueva.

De este modo, sucederá que un reglamento dictado respetando plenamente esa ley que acaba declararse inconstitucional sería formalmente legal y, por tanto, inatacable desde esta perspectiva pero constitucionalmente irregular. No nos cabe duda que en este supuesto se podría reaccionar frente a esas disposiciones reglamentarias a través de los remedios judiciales. Según el artículo 7 LOPJ los jueces deberían inaplicarlos y de acuerdo

con la LJCA se podría solicitar la declaración de su nulidad. Porque en casos como éste estaríamos ante nulidad radical sobrevenida: de hecho este reglamento no estaría de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico, no sería conforme a Derecho (artículos 9.1 y 103.1 C.E.) y su mantenimiento formal en el ordenamiento jurídico atacaría al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.).

Por eso, había que considerar que el deber de la Administración de declarar de oficio la nulidad de los reglamentos ha de ser cumplido especialmente en estas ocasiones (artículo 109 LPA). Es decir, que la libertad de apreciación que le confiere este precepto, "la Administración podrá", desaparecería para transformarse en un imperativo. Cuando una ley es declarada ~~de~~ inconstitucional no queda ~~ni~~ ningún margen de duda posible sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico. Por tanto, estaríamos ante la hipótesis más clara para la aplicación de esta técnica depuradora de las irregularidades normativas,

No obstante, nos parece que este sistema no es el que ofrece las mayores ventajas. En efecto ¿por qué disociar la declaración de nulidad de la ley de la del reglamento que la ejecuta si en realidad ley y reglamento configuran un conjunto normativo? Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 18/1982, de 4 de mayo) la distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de la eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia,..".

Estamos pensando en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional extienda el ámbito objetivo de la sentencia estimatoria de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad a las disposiciones reglamentarias derivadas de la ley que se declara nula. Teóricamente, sería la solución más sencilla, e incluso podría venir facilitada por la identificación del conjunto normativo ley-reglamentos en la demanda de inconstitucionalidad o en el auto de remisión de la cuestión.

El enjuiciamiento de los reglamentos por los órganos encar

gados de ejercer la justicia constitucional no es algo que pueda considerarse heterodoxo. La Ley Constitucional austriaca lo prevé expresamente en su artículo 139 y es la que responde más claramente al modelo kelseniano (43). Por su parte, la Ley de la Corte Constitucional dedica sus artículos 57 a 61 a regular la impugnación de los reglamentos ilegales(44).

Por otra parte, nuestra Constitución y la LOTC permiten que el Tribunal constitucional conozca pretensiones contra reglamentos: así, además, del supuesto previsto en el art. 161.2 C.E., en la medida que viola un derecho fundamental, un reglamento puede dar lugar a un recurso de amparo (45). Del mismo modo, un reglamento puede originar un conflicto de competencias. Así, pues, la materia reglamentaria no es algo ajeno a las competencias del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la sentencia constitucional en materia de conflictos tiene una gran extensión objetiva: declara la titularidad de la competencia, acuerda la anulación de la disposición o acto originante del conflicto y resuelve lo que estime procedente sobre las situaciones de hecho o de derecho originadas (Cfr. art. 66 LOTC).

Lo que estamos considerando no es propiamente la atribución de una nueva competencia al Tribunal: no se trata de conferirle el poder general de enjuiciar los reglamentos ~~fundados~~, sino solamente el de declarar la nulidad de la ley y de los reglamentos fundados en ella. Por tanto, más que una cuestión de competencia es un problema de delimitación del ámbito material de la sentencia de inconstitucionalidad. Vistas así las cosas, hay que examinar las normas que los regulan. El artículo 164 de la Constitución no cierra el camino a una interpretación como la que proponemos. Sin embargo, el artículo 39 LOTC la excluye: la sentencia estimatoria se limita a declarar la nulidad de los preceptos impugnados y de los que por conexión o consecuencia estén viciados de inconstitucionalidad (46). Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional remite el control de los reglamentos a los Tribunales (47).

La única forma en la que el Tribunal Constitucional, vista la regulación de sus facultades y su interpretación jurispruden-

cial, puede concurrir a la eliminación formal de los reglamentos a que nos estamos refiriendo es la que ofrece el art. 92 LOTC: el Tribunal puede disponer cuán ha de ejecutar sus sentencias. No podemos profundizar aquí hasta donde llega esta facultad (48), pero no nos parece dudoso que, al menos, permite incluir el requerimiento al Gobierno para que declare la nulidad de esos reglamentos.

d) Hemos señalado que la configuración del principio de legalidad como exigencia de una vinculación positiva de los poderes públicos a la ley hace más intenso el sometimiento a las exigencias del Estado de Derecho del Gobierno y la Administración. Ahora bien, existen disposiciones constitucionales y prácticas jurídicas que pueden desvirtuar en parte esta construcción.

Así, en primer lugar, surge la siguiente pregunta: el artículo 97 C.E. atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria. Por consiguiente, ¿no tiene el Gobierno una habilitación general para dictar reglamentos sin necesidad de una habilitación puntual en cada caso? (49).

A nuestro juicio, el problema puede ser superado interpretando sistemáticamente la Constitución. El poder reglamentario que menciona el art. 97 C.E., no atribuye al Gobierno una potestad discrecional, libre en cuanto al cuando y al cómo de su ejercicio. Está limitada por la Constitución y las leyes y sometida plenamente a Derecho. Teniendo en cuenta esto último, puede conectarse la atribución del art. 97 C.E. con la concepción positiva del principio de legalidad ya que éste se deriva de la propia Constitución.

De esta manera el art. 97 C.E. identificaría al titular del poder reglamentario y no excluiría la habilitación puntual para su ejercicio.

No obstante, esta cláusula general puede servir para fundamentar la emanación de reglamentos ejecutivos de las leyes cuando estas no se la encomiendan expresamente al Gobierno y sean precisos para su aplicación. Es decir, que excepcionalmente, podría operar como título habilitante para el ejercicio puntual del poder reglamentario. Claro que, para ser coherentes con cuán

to hemos señalado, convendría precisar que la directa cobertura constitucional de un reglamento ejecutivo debería corresponderse con una necesidad manifiesta del reglamento para aplicar la ley. Necesidad que, por otra parte, podría ser considerada como una atribución tácita o implícita de la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, está el problema de los llamados reglamentos independientes. Una interpretación estricta del principio de vinculación positiva conduciría a negar su existencia. Sin embargo, en la práctica se dictan reglamentos que no son propiamente integrativos o complementarios de una ley y que no se basan en una ley previa, o, si aducen un fundamento legal, es indirecto y generico.

Actualmente se sostiene (50) que un reglamento independiente de la ley únicamente cabe "en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados".

Por tanto, es un reglamento administrativo o interno (51) que no puede proyectar su eficacia ad extra, sobre la esfera jurídica de los particulares o de entes distintos del que los dicta y que se explica fundamentalmente por razones funcionales (52).

Además, se ha rastreado el ámbito que podría ser típico de estos reglamentos: el organizativo, las relaciones de supremacía especial, las prestaciones favorables a los administrados y se ha puesto de manifiesto que, también aquí, diversas reservas constitucionales restringen mucho el campo que podría quedar para un reglamento independiente de la ley: quedaría un espacio "residual" determinado por las materias no reservadas a la ley y condicionado permanentemente por la posibilidad de que el legislador las reserve directamente, excluyéndolas así del poder normativo independiente del Gobierno (53).

Sin embargo, no se niega la figura del reglamento independiente sencillamente porque existe, porque el Gobierno y la Administración los dictan. Incluso, se ha hablado de la irresistible expansión de este tipo de potestades normativas del ejecutivo que son exigidas

por las tendencias propias de las organizaciones estatales contemporáneas (54), que es una manifestación del deber del ejecutivo de cumplir con sus cometidos institucionales (55). Desde luego, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo los admiten (56).

Ante esta realidad, cobra una gran importancia la labor fiscalizadora de los jueces porque si en el supuesto de la habilitación legal la potestad reglamentaria aparece ya encuadrada formalmente por la ley, en este caso esa referencia no existe. Tampoco hay la obligación gubernamental de contar con el dictamen previo del Consejo de Estado que, en cambio, es preventivo para los reglamentos ejecutivos (Cfr. art. 22.3 LOCE). Sin embargo, como sí siguen operando las normas, principios y valores constitucionales y los principios generales del ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria independiente debe respetarlos, también es un poder limitado. Y la garantía de que no exceda de ellos la representa su control judicial.

Conclusión

Hemos apuntado a lo largo de estas páginas algunos aspectos destacados de la configuración constitucional de la potestad reglamentaria del gobierno. Ciertamente, existen cuestiones de relieve que no nos hemos propuesto estudiar. Tal vez la principal entre ellas sea la relacionada con el juego de la conexión ley-reglamentos en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante creo, que se han señalado los perfiles más importantes y algunas de las cuestiones que suscitan.

Es evidente, el avance que el tratamiento constitucional del reglamento y su interpretación doctrinal representan en la vía de profundización del Estado de Derecho. Sin embargo, pese a todo, el Gobierno para cumplir con sus objetivos de orientación política, la Administración por su inercia burocrática y ambos por imperativos de eficacia y funcionalidad tienden a salirse de estos esquemas que hemos expuesto.

Esto hace que sean cada vez más importantes las garantías jurídicas y, en la medida, en que estas sean insuficientes, las políticas. Augusto Barbera (57) ha desarrollado una interesante crítica al sistema de garantías de los derechos fundamentales que se fundamenta en el esquema tradicional del Estado de Derecho. El sistema de los derechos públicos subjetivos es insuficiente, de masiado estrecho. Por eso, propone su integración por medio de instituciones de libertad, contrapoderes x sociales, instancias participativas que moderen el poder estatal. Y, en relación con este planteamiento, propone redescubrir el derecho objetivo a través de la potenciación de los valores que asume.

Pues bien, en la conjunción de estas dos líneas de acción, una fundamentalmente política, encaminada a un control vertical del poder (58) y, otra, básicamente jurídico-política dirigida a construir las bases normativo-institucionales precisas para que los valores constitucionales se realicen cada vez con mayor intensidad creemos que puede estar la clave para corregir las disfunciones que aquejan a nuestro Estado social y democrático de Derecho.

N O T A S

- (1) Ciertamente, estas afirmaciones han de ser entendidas de acuerdo con la generalidad con que se expresan. Para darles un valor específico sería necesario tener en cuenta otros aspectos que caracterizan el sistema de las fuentes normativas. Es decir, habría que considerar la posición que en él ocupan los tratados internacionales y las consecuencias que derivan de la descentralización política y normativa e institucional realizada por la Constitución.
- (2) Cfr. en torno a estas cuestiones, Pablo Lucas Verdú, Estimativa y política constitucionales. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984.
- (3) Pablo Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs., 43 y sigs.
- (4) Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1965, págs. 216 y sigs.
- (5) Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1956, págs., 227. Por eso, no es casual que el artículo 18 de la Constitución austríaca de 1920 disponga ~~aa~~ que ~~a~~ la Administración del Estado en todas sus manifestaciones sólo puede actuar sobre la base de la ley.
- (6) STC 122/1983, de 16 de diciembre, fundamento 4º A).
- (7) Pablo Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, reimpresión de la 3ª edición, págs., 466 y sigs.
- (8) Cfr. Manuel García Pelayo, Las transformaciones del Estado contemporáneo, Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs.
- (9) Pablo Lucas Verdú, La Lucha por el Estado de Derecho, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs, 39 y sigs.
- (10) En el caso de otros órganos de relevancia constitucional, sus reglamentos son dictados, a propuesta de cada uno, por las Mesas de las Cámaras (Defensor del Pueblo, art. 20 LODP y Acuerdo de las Mesas de 6 de abril de 1983); por el Gobierno (Consejo de Estado, LOCE, disp. final 3ª y Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio), Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, disp. final 1ª). En relación con el Tribunal de Cuentas, la L.O. 2/1982, de 12 de mayo no contiene ninguna atribución expresa

de poderes reglamentarios, mientras que reserva a la ley la regulación de su funcionamiento y del estatuto de su personal y al Gobierno la elaboración del correspondiente proyecto. No obstante, el art. 3 LOTCU atribuye al propio Tribunal la "competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno^y, régimen interior del mismo y al personal a su servicio". Afirma la naturaleza común de la potestad reglamentaria de los órganos constitucionales, José María Boquera Oliver, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", REDA, nº 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs. 24.

- (11) Estas razones pueden permitir considerarlos con cierta autonomía como actos normativos de las Cámaras con valor de ley. Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Los órganos constitucionales", en Andrés de Blas Guerrero (comp.), Introducción al sistema político español, Teide, Barcelona, 1983, págs., 141 y sigs. Señala la distinta naturaleza de de estas diferentes figuras reglamentarias, Enrique Alvarez Conde, El régimen político español, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 266.
- (12) Santi Romano, "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato", en Scritti minori, vol. I. Diritto Costituzionale, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 12.
- (13) Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, vol. I. Cedam, Padua, 1975, págs., 207 y sigs.
- (14) Angel Garrorena Morales, El lugar de la ley en la Constitución española, CEC, Madrid, 1981; Javier Pérez Royo, Las fuentes del Derecho, Tecnos, Madrid, 1984, págs., 81 y sigs. También, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, vol. I Civitas, Madrid, 1980, págs., 121 y sigs.
- (15) Garrorena, op. cit., pág. 72.
- (16) Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, vol. II Cedam, Padua, 1976, pág. 794. También, Vezio Crisafulli, Lezioni di Diritto Costituzionale, vol. II, Cedam, Padua, 1978, págs., 56-57.

- (17) Garrorena, op. cit., pág., 59. Esas acepciones adicionales apuntan, a su juicio, a determinar algunos aspectos del programa legislativo, a reducir la discrecionalidad del legislador, a precisar ^{la forma} en que han de regularse algunas materias, excluyendo su tratamiento por algunas fuentes específicas, a impedir la deslegalización. Véase, también, en relación con esta noción de reserva, Mortati, Istituzioni, vol. I. cit., págs. 343-344.

En torno a la formulación inicial del concepto de reserva y su conexión con el dualismo ley-formal/ ley-material, cfr. Garrorena, op. cit., págs., 13 y sigs. También, Dietrich Jesch, Ley y Administración, IEA, Madrid, 1978, págs., 13 y sigs. Christian Starck, El concepto de ley en la Constitución alemana. CEC, Madrid, 1979, págs., 117 y sigs. Alfredo Gallego Anabitarte, Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental, IEA, Madrid, 1971, págs. 139 y sigs.

- (18) En este sentido, Eduardo García de Enterría, ~~La Ley y la Administración~~ "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 10, CEC, Madrid, enero-abril de 1984, págs., 14. Garrorena, op. cit., págs. 80, piensa que la fórmula española es menos extensa que la alemana -no extiende al Poder judicial el sometimiento al Derecho- pero más intensa: exige un sometimiento "pleno" al Derecho a la Administración.
- (19) Cfr. Starck, op. cit., págs., 61 y sigs.
- (20) Pablo Lucas Verdú, "Comentario al artículo 1º de la Constitución", en Comentarios a las leyes políticas dirigidos por Oscar Alzaga, Tomo I. Constitución española de 1978, Edersa, Madrid, 1983, págs., 37 y sigs.
- (21) Así, a partir de la STC de 2 de febrero de 1981.
- (22) Cfr. Boquera Oliver, op. cit., págs., 33-34.
- (23) Javier Pérez Royo, "Fuentes del Derecho", en José Juan González Encinar (ed), Diccionario del sistema político español. Akal, Madrid, 1984, pág. 348. Id. op. cit., págs. 81 y sigs.
- (24) Lorenza Carlassare, Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità. Cedam, Padua, 1966. págs. 12 y sigs.

- (25) Carlassare, op. cit. pags. 28 y sigs.
- (26) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, vol. I, Civitas, Madrid, 1979 pag. 162.
- (27) Sobre la necesidad de nuevas técnicas de protección de la libertad ante esta situación, Cfr. García Pelayo, op. cit. pag.
- (28) Jesch, op. cit. pags. 131 y sigs. estudia precisamente la evolución del principio de legalidad.
- (29) La Constitución de 1958 en su artículo 34 enumera las materias propias de la ley y el artículo 37 establece que "las materias que no sean las propias del dominio de la ley poseen un carácter reglamentario".
- (30) Cfr. Louis Favoren, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982", en Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger n.2/1983, LGDJ, Paris, pags. 348 y sigs. donde, además de analizar diversas decisiones del Consejo Constitucional que conducen a estas conclusiones, se hace eco de posiciones doctrinales de dos constitucionalistas eminentes (René Capitant y Michel Debré) que en 1967 y 1972 respectivamente relativizaban la tajante división de campos normativos que parecía deducirse de la Constitución (ibidem pag. 353, nota 50).
- (31) Cfr. Eduardo García de Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder, Civitas, Madrid, 1983. 3ª ed.
- (32) García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs., 365 y sigs. Vease, además, la excelente síntesis que realiza José Luis Carro y Fernández Valmayor en el trabajo que publica con Rafael Gómez-Ferrer Morant, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en Documentación Administrativa, nº 188. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1980, págs., 182 y sigs. También, Garrorena, op. cit., págs. 78 y sigs. Vease, igualmente, Jesch, op. cit., págs. 219 y sigs. Carlassare, op. cit., págs., 155 y sigs.
- (33) García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs.,

369-370.

- (34) Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Gobierno", en §§§ Diccionario del sistema político español, cit., págs., 382 y sigs.
- (35) Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., pág. 172, la potestad reglamentaria se le reconoce y atribuye a la Administración.
- (36) Cfr. Boquera Oliver, op. cit., págs. 16 y sigs. También, Rafael Gómez-Ferrer Morant, op. cit., págs. 227 y sigs. Asimismo, García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs., 170 y sigs. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es oscilante en este punto. Así, las STS de 3 de diciembre de 1981, 15 de junio de 1982, 12 de julio de 1982, 15 de octubre de 1982, todas de la Sala 3ª, adoptan criterios contradictorios. Cfr. al respecto, Boquera Oliver, op. cit., págs. 19 y sigs.
- (37) García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs., 183 y sigs.
- (38) Enzo Cheli, Potere regolamentare e struttura costituzionale, Giuffrè, Milán, 1967, págs., 365 y sigs.
- (39) Starck, op. cit., págs 386.
- (40) Ibidem. También, Carllassare, op. cit., págs., 198 y sigs. Mortati, Istituzioni, vol. II, cit., págs.
- (41) En el mismo sentido la STC 18/1982, de 4 de mayo.
- (42) Lógicamente, nos referimos a los procesos de constitucionalidad, pues cuando el tribunal, con motivo de un conflicto de competencias deba enjuiciar la constitucionalidad de una ley, su sentencia no se limitará a pronunciarse sobre ella, sino que, también, resolverá sobre la titularidad de la competencia y sobre la validez de los ~~actos~~ reglamentos y de cuantas disposiciones se hayan dictado en relación con la competencia controvertida (cfr. artículos 66 y 67 LOTC).
- (43) Cfr. Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'étranger, 1928, págs., 197 y sigs., propone la inclusión de los regla-

mentos ejecutivos entre los actos sujetos a control de constitucionalidad. Para una referencia a la cuestión que planteamos en el texto en el ordenamiento italiano, cfr. Carlassare, op. cit., págs. 325 y sigs.

- (44) Cfr. al respecto, Theo Ohlinger, Legge sulla Corte Costituzionale austriaca. Cedeur, Florencia, 1982, págs., 65 y 109 y sigs. Por lo demás, acogen esta solución, Mortati, Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità, Giuffrè, Milán, págs., 57 y sigs.; id. Istituzioni, vol. II., cit., pág. 1403. También Gustavo Zagrebelsky, La giustizia costituzionale, Il Mulino, Bolonia, 1977, págs., 61 y sigs.
- (45) En este sentido, cfr. STC 31/1984, de 4 de marzo, fundamento 4º.
- (46) Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional. IEAL, Madrid, 1982, págs., 235 y sigs.
- (47) Así, por ejemplo, STC 20/1981, de 11 de junio, fundamento 4; STC 32/1983, de 28 de abril, fundamento 1.
- (48) Bfr. Bocanegra, op. cit., págs., 245 y sigs.
- (49) En torno a este tema, cfr. Carro y Fernández Valmayor, op. cit., págs., 187 y sigs. También Carlassare, op. cit., págs., 268 y sigs.,
- (50) García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs., 191.
- (51) Ese carácter interno era una de las razones por las que en tiempos pasados se sostuvo que no eran propiamente normas jurídicas. Kelsen, Teoría General del Estado, cit., pág. 310, subraya, por el contrario, su carácter jurídico.
- (52) Boquera Oliver, op. cit., pág. 10 reconduce estos reglamentos al concepto de poder de organización. Vease también, Juan Alfonso Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", REDA, nº 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs., 68 y sigs.,
- (53) Gómez-Ferrer Monreal, op. cit., págs., 214 y sigs.
- (54) Mortati, Atti con forza di legge, cit., págs., 57 y sigs.
- (55) Mortati, Istituzioni, vol. II, cit., 794 y sigs.,

- (56) Así, STC 18/1982, de 4 de mayo contraponen reglamentos ejecutivos y reglamentos de organización. También la STC 35/1982, de 14 de junio. Del Tribunal Supremo, STS de 24 de noviembre de 1980 y de 22 de octubre de 1981, ambas de la Sala 4ª; y STS de 11 de abril de 1981 y de 10 de marzo de 1982, ambas de la Sala 3ª. Véase, respecto a la jurisprudencia post-constitucional del Tribunal Supremo, Bartomeu Colom Pastor, "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional", en REDA, nº 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs., 239 y sigs.
- (57) Augusto Barbera, "Commento all'articolo 2º", en Commentario della Costituzione ^{diretto da} ~~excerata~~ Giuseppe Branca. Principi fondamentali (Art. 1-12), Zanichelli, Bologna, 1975, págs., 65 y sigs.,
- (58) Loewenstein, op. cit., págs., 390 y sigs.

TRES SENTENCIAS SOBRE EL DECRETO-LEY (STC 29/1982, 6 Y 111/1983)

Pedro Cruz Villalón

JORNADAS DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

EL GOBIERNO

BARCELONA, 29.11.-1.12. 1984

SUMARIO:

I. El significado político-jurídico del Decreto-ley: La cláusula de extraordinaria y urgente necesidad. a) Como presupuesto de hecho habilitante: Teoría de la "necesidad relativa"; "variantes" del Decreto-ley. b) Como motivación del contenido: Conexión de sentido o relación de adecuación. Inadecuación originaria e inadecuación sobrevenida. Inadecuación ope constitutionis: las materias excluidas. II. La naturaleza jurídica del Decreto-ley. a) El Decreto-ley del Ejecutivo: La provisionalidad. b) El Decreto-ley parlamentario: La convalidación. c) La conversión del Decreto-ley: Ley de conversión. d) ¿Convalidación y conversión? III. El control jurisdiccional del Decreto-ley. a) El objeto del control: Control del presupuesto de hecho, de la adecuación y de la limitación material. b) El parámetro del control. Inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material. El control del Decreto-ley derogado por Ley de conversión no recurrida.

Puede decirse que el artículo 86 CE era uno de esos lugares en los que la doctrina estaba esperando al Tribunal Constitucional. El Decreto-ley aparecía, en efecto, de forma bastante paradójica, como un instituto a la vez demasiado nuevo y demasiado conocido, en el que lo conocido (el Decreto-ley de la Dictadura y el de la Transición) resultaba por entero inservible y donde lo nuevo poco podía extraer ni de los "materiales parlamentarios" ni de un derecho comparado con nombre y apellidos (el 77 italiano) en el que se inspiraba y del que se distanciaba a partes iguales¹.

Las primeras aplicaciones, por otra parte, del art.86 CE, en las primeras semanas de vigencia de la Constitución, con las Cortes disueltas, no harían sino aumentar los interrogantes y, con ello, la expectación ante un Tribunal Constitucional aún no constituido y cuya doctrina sobre la legislación de necesidad todavía se haría esperar algún tiempo².

Hoy la jurisprudencia constitucional sobre el Decreto-ley se halla contenida en tres Sentencias: La STC 29/1982, de 31 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad contra el R.D.-L.10/1981, de 19 de junio, sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social³; la STC 6/1983, de 4 de febrero, en dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en relación con la disposición transitoria segunda, letra b) del R.D.-L. 11/1979, de 20 de julio sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales⁴; y la STC 111/1983, de 2 de diciembre, en el recurso de inconstitucionalidad contra el R.D.-L. 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación del grupo "Rumasa"⁵.

Las páginas que siguen pretenden sistematizar y, en alguna medida, valorar la jurisprudencia contenida en estas Sentencias estructurándola en torno a la triple problemática del significado jurídico-político (I), de la naturaleza (II) y del control jurisdiccional (III) del Decreto-ley.

I. La Constitución ha incorporado en su artículo 86 un instituto en virtud del cual el Ejecutivo ejerce una competencia legislativa excepcional, provisional y limitada, a la vez que establece los mecanismos que aseguran el inmediato pronunciamiento del Legislador sobre el ejercicio de esta competencia. Las Sentencias que nos ocupan suelen, así, comenzar glosando el régimen constitucional de nuestro Decreto-ley. Lo que hacen a través de lo que llaman los "tres bloques definidos" de requisitos que debe reunir el mismo. Estos "bloques" hacen referencia, respectivamente, al carácter excepcional de la competencia (cláusula de "extraordinaria y urgente necesidad"), a la limitación o restricción de su ámbito material (materias excluidas) y a su provisionalidad (necesidad de un inmediato pronunciamiento del Legislador, que, de un modo simplificado, se reconduce a la alternativa, formulada como preceptiva, de la "convalidación")⁶.

La excepcionalidad de la competencia legislativa contenida en el artículo 86 CE es el primero de sus caracteres, y el más expresivamente formulado: "en caso de extraordinaria y urgente necesidad". No debe extrañar, por tanto, que la primera de las Sentencias comience contrastando esta competencia extraordinaria con la competencia legislativa detentada por las Cortes Generales. La cláusula de "extraordinaria y urgente necesidad", sin embargo, y ello es un elemento y una aportación básicos de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, posee una doble función o sentido: De un lado, la extraordinaria y urgente necesidad es el presupuesto de hecho habilitante de esta competencia excepcional, excepcionalidad que debe ser el resultado necesario de su vinculación a un supuesto definido por lo extraordinario; de otro lado, la situación de necesidad viene a condicionar el contenido de la legislación de necesidad o de urgencia, con la que debe guardar una relación de adecuación o congruencia, la llamada también "conexión de sentido". Conviene, sin embargo, tratar por separado cada uno de los dos elementos que integran la que cabe calificar como "bifuncionalidad" de la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad.

El Tribunal espera a su segunda Sentencia para entrar de lleno en su concepción del presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley⁷. Es, en efecto, en la STC 6/1983 donde aparece recogida por primera vez, en términos ya rotundos, su comprensión de la excepcio-

nalidad de la competencia que nos ocupa. El largo párrafo segundo del fundamento jurídico 5 es el que formula y argumenta la "teoría de la necesidad relativa". Su formulación aparece montada sobre la distinción entre una necesidad "absoluta" y una necesidad "relativa", cada una de ellas atendidas en lugares distintos de la Constitución. Así, el Tribunal identifica la necesidad "absoluta" con las situaciones de crisis del sistema político, los cuales encontrarían su tratamiento en los institutos del artículo 116. Y si las necesidades absolutas están atendidas en el art.116, la necesidad atendida en el artículo 86 sólo puede ser "relativa": Así, la necesidad de "dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual", "a las situaciones concretas respecto de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata". A esta conclusión ha llegado el Tribunal a través de una interpretación sistemática de la Constitución, que pone de manifiesto cómo ésta ha regulado en sitios diferentes los mecanismos de respuesta a las crisis de la comunidad política y "la necesidad justificadora de los Decretos-leyes"; a la misma conclusión le lleva la observación de que la regulación de los Decretos-leyes no revela un contenido positivo, sino sólo negativo, en forma de exclusión de determinadas materias. De todo lo cual concluye, con una formulación que incluye una cierta petición de principio, que "la utilización del Decreto-ley, mientras se respeten los límites del art.86 de la Constitución, tiene que reputarse constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en los que hay que alcanzar objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta".

La argumentación del Tribunal, apenas es necesario detenerse en ello, no es de las más sólidas: El que la Constitución prevea una serie de institutos para hacer frente a determinadas situaciones de crisis (por lo demás tampoco definidas de modo preciso por el constituyente) no se ve cómo pueda condicionar el grado de "necesidad" exigido para que el Ejecutivo pueda sustituir interinamente al Legislativo en el ejercicio de la normal competencia de este último. Del mismo modo que el hecho de que la Constitución no precise de forma positiva

el contenido de esa legislación excepcional, que, ciertamente, puede ser de lo más variada, tampoco prejuzga la excepcionalidad de la situación llamada a hacer frente.

La realidad es que en la Constitución es muy difícil encontrar argumentos para rebajar el grado de la "necesidad" del art.86, una necesidad que, de forma casi tautológica, aparece reforzada por los caracteres de lo extraordinario y urgente. Pero el Tribunal ha debido advertir que en la conciencia constitucional contemporánea la legislación de urgencia o de necesidad ha perdido el dramatismo de otras épocas, que hoy nadie ve en las "ordenanzas de necesidad" la antesala del golpe de Estado; que, de hecho, son múltiples las situaciones en las que, sin que tampoco amenace ninguna catástrofe, sí puede resultar casi inexcusable recurrir al Decreto-ley. Y puede incluso que el mismo constituyente hubiera advertido la rigidez de la cláusula que nos ocupa, que, en contra de lo que parece opinar el Tribunal, tiene poco de "flexible y matizada"⁸. Pero, por otra parte, si con una cláusula similar se ha podido llegar en Italia a la conocida proliferación de los Decretos-leyes, ¿qué no hubiera cabido esperar aquí de una cláusula suavizada? De este modo es el Tribunal quien se ha visto, en cierto modo, obligado a formular esta "teoría de la necesidad relativa" que la Constitución misma no hubiera podido plasmar sin poner en serio peligro el delicado equilibrio del sistema parlamentario. Todo lo cual no supone hacer al TC cómplice o, acaso peor, instigador de una violación constitucional sino, más bien, reconocer una de esas funciones que sólo él está en condiciones de llevar a cabo: En este caso, la de garantizar la excepcionalidad de esta competencia legislativa. Cuestión distinta es, sin embargo, la de hasta qué punto, con las formulaciones de la STC 6/1983, ha sentado las bases correctas de dicho objetivo.

Pero al Tribunal no le ha preocupado únicamente, en relación con el presupuesto de hecho, flexibilizar y matizar la necesidad, sino que ha procurado desentrañar diversas situaciones en las que puede tener sentido recurrir al Decreto-ley. La formulación más completa de estas "variantes" se encuentra en la tercera de las Sentencias, en su fundamento jurídico 6, donde cabe individualizar las siguientes:

En primer lugar, la urgencia, la necesidad de adoptar disposiciones legislativas con eficacia inmediata. Este es, en realidad, el supuesto básico, que, de un modo u otro, debe encontrarse siempre presente. Lo interesante a destacar es cómo, desde la primera Sentencia⁹, aparece concretado en el requisito de que tampoco el procedimiento legislativo de urgencia pueda resolver la situación creada¹⁰.

En segundo lugar, la "inmediatividad", es decir, supuestos en los que la efectividad de la medida depende de que ésta entre de manera inmediata en vigor. Aquí no se trata tanto de situaciones súbitamente acaecidas a las que hay que dar respuesta inmediata, cuanto de decisiones legislativas que, por su propia naturaleza, sólo son eficaces cuando se adoptan con el máximo de celeridad¹¹. Claro que en su caso lo que se plantearía es hasta qué punto tiene sentido mantener para ellas una reserva de ley.

En tercer lugar, la "anticipación". En este caso la urgencia ~~TANTO~~ no lleva a modificar el ordenamiento ante situaciones imprevistas cuanto a adelantar la entrada en vigor de un proyecto de ley, es decir, la futura ordenación "normal" de una materia¹². De este modo, y aunque ello no se formule nítidamente, la primera de las variantes siempre conllevará un cierto elemento de provisionalidad en su contenido, de "suspensión" de un régimen que se sigue considerando ordinario, en tanto la tercera de ellas persigue una anticipación, considerada necesaria, de la vigencia de la futura ordenación de una materia. Por lo demás, la referencia, en esta última variante, a la presunción de confianza de que goza el Gobierno en el sistema parlamentario no parece más necesaria que en las anteriores.

Lo cual nos lleva a plantear la cuestión de si el Decreto-ley tendría una "cuarta" variante en el supuesto de un Gobierno carente de apoyo parlamentario. Pues no cabe olvidar que nuestra Constitución no garantiza una confianza parlamentaria constante sino, únicamente, en virtud de la mecánica del voto de censura constructivo, la confianza parlamentaria originaria. De tal modo que es perfectamente concebible el supuesto de un Gobierno que no goce de la confianza de la Cámara, la cual, sin embargo, no estaría en condiciones de derribarlo. En tales supuestos, en los que a lo mejor ni siquiera sea lo más oportuno

la dimisión del Gobierno, puede que el Decreto-ley, con el consentimiento de la Cámara, sea la solución de algunas situaciones que, por lo demás, no podrían prorrogarse mucho tiempo.

Pero como hemos dicho, la aportación más original del TC en relación con la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad reside en la exigencia de una relación de adecuación o conexión de sentido entre la situación planteada y la normación con la que se pretende enfrentarse a ella. La cláusula funciona, de este modo, no sólo como presupuesto de hecho sino como motivación o causa, como "justificación", del contenido de la legislación de urgencia.

Esta bifuncionalidad aparece ya en la primera de las Sentencias consideradas, donde desde el primer momento aparece destacado la función "causal" de la citada cláusula¹³. Y es lógico que esta Sentencia se preocupe por formular este requisito de la adecuación, por cuanto es el que le servirá para fundamentar la declaración de inconstitucionalidad parcial del Decreto-ley sometido a control.

En efecto, en esta Sentencia el TC declara la inconstitucionalidad de la técnica de la deslegalización a través de un Decreto-ley. Esto que es algo que ya había sido advertido por la doctrina y había suscitado fuertes protestas en el Congreso con ocasión de la "convalidación" del Decreto-ley, es confirmado por el TC, si bien en términos que mantienen abierto algún resquicio a la legitimidad de este uso de la legislación de urgencia¹⁴.

La STC 6/1983, por su parte, vuelve a recordar el requisito de la relación de adecuación como elemento del control jurisdiccional del Decreto-ley, en términos aún más claros¹⁵. Pero la aportación fundamental de esta segunda Sentencia al problema de la adecuación se encuentra sin duda en el párrafo segundo de su fundamento jurídico 7, sobre el que habremos de volver más de una vez. El Tribunal formula aquí su teoría de la "inadecuación sobrevenida", en virtud de la cual, un Decreto-ley perfectamente legítimo en el momento de su nacimiento y en el de su control, en cuanto "adecuado" o congruente en su contenido con la situación planteada, podría devenir posteriormente inconstitucional y nulo por pérdida sobrevenida de dicha relación de adecuación¹⁶.

La teoría de la "inadecuación sobrevenida" formulada en esta Sentencia se encuentra estrechamente ligada a la cuestión de la naturaleza del Decreto-ley y, más particularmente, a su carácter "provisional". Por eso, sin perjuicio de lo que se diga más adelante, conviene señalar cómo esta teoría resulta tan problemática cuanto la teoría de la adecuación originaria parece acertada. En efecto, la operatividad de este enfoque de la conexión de sentido es tal que permite suplir las deficiencias e indeterminaciones de la relación de "materias excluidas". Es más, la teoría de la adecuación originaria hubiera permitido prescindir de la misma mención constitucional expresa de la categoría de "materias excluidas" o "inafectables".

Las "materias excluidas" suponen una presunción de inadecuación iuris et de iure, ope constitutionis, que viene afectando de manera importante a la funcionalidad de la legislación de urgencia. La concepción del legislador de urgencia como legislador no sólo excepcional y provisional sino además como "legislador limitado" olvida que el legislador ordinario ya es, de suyo, un legislador limitado de manera muy importante, limitado por la Constitución, la que cuenta en el Tribunal Constitucional con un garante eficaz de dicha limitación. Sin que quepa olvidar en ningún momento que estamos ante la previsión de un supuesto de necesidad en el que no cabe excluir el que medidas vedadas por el art.86 no sólo sean adecuadas y congruentes sino urgentes y necesarias¹⁷.

Y así tenemos de nuevo al Tribunal obligado a formular una concepción "flexible y matizada" de la prohibición constitucional de que los Decretos-leyes afecten a los "derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I"¹⁸, como tendrá que ser flexible a la hora de interpretar lo que deba entenderse por "ordenamiento de las instituciones básicas del Estado"¹⁹. Todo lo cual no viene sino a confirmar la alegría con la que el constituyente prodigó el criterio material en la definición de competencias.

II. El problema de la naturaleza jurídica del Decreto-ley es, más bien, el problema de la naturaleza o las naturalezas de una norma, que, pudiendo ser la misma por su contenido, va sufriendo una serie de mutaciones en su forma. El TC se plantea ya en la primera de las Sentencias esta peculiaridad del Decreto-ley, tal como resulta de la estructura del art.86 CE²⁰. En nuestra opinión, esta es una cuestión que conviene tratar por separado en cada una de las "formas" que puede revestir la norma contenida en un Decreto-ley.

a) El Decreto-ley del Ejecutivo. La definición del Decreto-ley como "disposición legislativa excepcional, provisional y ^{LIMITADA} ~~interina~~ sólo es aplicable al Decreto-ley en su primer momento, es decir, al Decreto-ley dictado por el Gobierno, con anterioridad al pronunciamiento del parlamento. Este es, como iremos viendo, el único momento en el que el Decreto-ley puede y debe ser considerado como una disposición legislativa "provisional". Lo cual es tanto como decir que es aquí donde nos corresponde ocuparnos de aquél de sus caracteres sobre el que hasta ahora no hemos dicho prácticamente nada.

Y la cuestión es que este es el extremo sobre el que el TC ha sido menos explícito. El Tribunal, sí, subraya en diversas ocasiones que el Decreto-ley "se inserta" "provisionalmente" "en el ordenamiento jurídico"²¹, que "se sitúa" "con la provisionalidad que reclama la potestad de las Cortes en materia legislativa"²², pero sin que se pueda decir que haya un lugar en el que se contenga la doctrina del TC sobre el significado de la provisionalidad de los Decretos-leyes.

Precisar esto exige el planteamiento de dos cuestiones. La primera de ellas sería la de si la provisionalidad se refiere al "continente" o si se refiere al "contenido", en otras palabras, si lo provisional es la normación dictada (el contenido), o la forma en que se plasma (el continente). La doctrina se inclina por esto último²³, de tal modo que, una vez el parlamento se ha pronunciado sobre el Decreto-ley (ya sea a través de la convalidación, ya sea a través de la conversión), la disposición legislativa deja de ser provisional. En la tercera de las Sentencias el Tribunal reconoce bastante claramente el cese de la provisionalidad tras la intervención parlamentaria²⁴. Y, sin embargo, en la Sentencia anterior, el Tribunal

, con vistas a la ya indicada teoría de la "inadecuación sobrevenida", realiza un planteamiento en virtud del cual la provisionalidad se referiría al "contenido" de la norma, la cual tendría un carácter provisional durante toda su vida, aún tras la intervención parlamentaria, con la sola excepción de que ésta se hubiese producido en forma de ley de conversión:

"...No queremos decir que todos los Decretos-leyes, que son "disposiciones legislativas provisionales" según el texto del art.86 de la Constitución, tengan que quedar necesariamente sometidos a un plazo temporal de vigencia, pues ésta no sería en términos absolutos una conclusión correcta..."²⁵.

En este pasaje la provisionalidad del contenido aparece tan marcada que se implica que lo normal es que el Decreto-ley mismo contenga su fecha de caducidad²⁶. En todo caso, y por lo que hace concretamente al Decreto-ley objeto de control, se afirma taxativamente que la normación en el mismo contenida no puede llegar a convertirse en permanente, so pena de devenir inconstitucional. Esto es lo que parece tremendamente problemático. Pues el conjunto de la argumentación parece dar a entender que la situación de necesidad consentiría normaciones al borde de la inconstitucionalidad, soportables sólo en tanto en cuanto dicha situación excepcional se mantuviera. Si la solución arbitrada es constitucional, una vez obtenida la aprobación del legislador, en la forma que fuera, ésta no puede seguir condicionando indefinidamente su vigencia al carácter más o menos saneado de las haciendas locales. Y si la solución adoptada no es compatible con la Constitución, no será el art.86 quien la legitime.

La segunda cuestión a plantear en relación con el significado de la provisionalidad es la relativa a su intensidad durante el periodo en que se mantiene. Es decir, una vez afirmado que la provisionalidad sólo es predicable del "continente", de tal modo que ésta desaparece con la intervención parlamentaria, la cuestión sería la de precisar qué es lo que significa que el Decreto-ley del Ejecutivo sea una norma "provisional". Desde una lectura "italiana" del precepto, se ha entendido a veces que los efectos de la eventual "derogación" parlamentaria de la norma son "ex tunc", lo que supone al mismo tiempo una comprensión especialmente intensa de su situación de provisionali-

dad, de tal modo que todos sus efectos se hallarían pendientes del pronunciamiento parlamentario, deviniendo nulos y no avenidos si éste fuera desfavorable²⁷.

Este es un punto en el que el Tribunal no se ha pronunciado de forma expresa, por no haber sido ello hasta ahora preciso. Una comparación sistemática de los preceptos español e italiano no debería dejar lugar a dudas de que el término "derogación" tiene en el art.86 CE su sentido convencional. El constituyente español ha configurado la facultad legislativa excepcional del Gobierno como una efectiva competencia propia, aunque excepcional, sin las vacilaciones del constituyente italiano, y por más que el término "convalidación" no sea particularmente afortunado.

b) El Decreto-ley parlamentario. El supuesto de que la intervención parlamentaria sobre el Decreto-ley se produzca en la forma prevista en el art.86.2 CE (la llamada "convalidación") es posiblemente uno de los más erróneamente comprendidos, dificultando una comprensión coherente de nuestro Decreto-ley. El TC, al plantearse la naturaleza jurídica del Decreto-ley, se ha preocupado ante todo de dejar claro que la "convalidación" no convierte al Decreto-ley en Ley²⁸. Para lo cual, a mi modo de ver innecesariamente, se ha esforzado en una comprensión de la "convalidación" casi exclusivamente fiscalizadora o de control, minimizando así la repercusión de la misma²⁹.

Desde luego que la convalidación no convierte al Decreto-ley en Ley, pero eso no excluye cualquier modificación en la naturaleza del Decreto-ley convalidado. De momento, lo que era una disposición legislativa provisional, pasa^a ser una disposición legislativa sin más, caracterizada todavía, eso sí, por las notas de lo excepcional y lo limitado. Pero hay más, Porque la intervención del legislador, aunque sea bajo la forma tan simplificada de la convalidación, supone una auténtica función normativa, una actuación en virtud de la cual una norma que era producto exclusivo de la voluntad del Ejecutivo, pasa a ser expresión de la voluntad del legislador. Naturalmente que en esta función, como en casi todas las del parlamento, hay un cierto elemento de control, pero esta función de control (incluso de constitucionalidad) asume en este caso una posición muy subordinada

en relación con lo que constituye su sentido básico, la manifestación de una voluntad política de que determinada norma exista.

Y es por eso por lo que esa norma puede existir con la misma estabilidad y seguridad como si hubiera adoptado la forma de Ley. Lo cual no quiere decir en absoluto, que esa norma no deba seguir reuniendo los requisitos de lo excepcional (adecuación originaria) y de lo limitado (no invasión de las materias excluidas). Y ello evidentemente porque se trata de un modo excepcional de producción de disposiciones con fuerza y valor de ley, con un procedimiento legislativo simplificado que adopta en el Congreso la forma de una votación de conjunto y que excluye del mismo a la Cámara Alta.

c) La conversión del Decreto-ley. El Decreto-ley puede ser, finalmente, convertido en Ley, en cuyo caso ya no tendremos Decreto-ley sino "Ley de conversión". En este caso despliega toda su virtualidad la función legislativa ordinaria de las Cortes Generales. Los límites específicos de la producción normativa excepcional que constituyen tanto el Decreto-ley del Ejecutivo como el Decreto-ley parlamentario desaparecen. Las Cortes no necesitan ya ni de presupuesto habilitante ni de relación de adecuación originaria, como tampoco necesitan mantenerse dentro de los límites materiales contenidos en el art.86 CE. Si el Decreto-ley (convalidado o no) podía ser ilegítimo por algunas de las razones apuntadas, a la Ley de conversión no se le podrá nunca acusar de nada de esto. Es lo que explica el Tribunal con estas palabras:

"...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 con extralimitación, pues la "sanación" sólo podría producirse mediante su transformación en Ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria..."³⁰.

En otras palabras, una norma que, por su vinculación al art.86 CE podía ser originariamente nula, deviene legítima al aparecer como producto de la competencia legislativa ordinaria de las Cortes Generales. Lo que ocurre, sin embargo, es que el juez constitucional afirma que la Ley de conversión "sana" al Decreto-ley, expresión ésta que puede entenderse tanto en el sentido de que subsana ab initio los eventuales vicios del Decreto-ley, como en

el de que únicamente hace legítimas a partir de la entrada en vigor de la Ley normaciones hasta entonces carentes de legitimidad constitucional. naturalmente, será la primera la interpretación que de este pasaje haga el Abogado del Estado en la Sentencia 111/1983³¹.

Ahora bien, sin entrar aún en la cuestión relativa al control jurisdiccional del Decreto-ley planteada por el Abogado del Estado, parece claro que la Ley de conversión, con su sola presencia, no sana al Decreto-ley ilegítimo, como tal, sino que únicamente su normación pasa a tener existencia legítima. Distinto hubiera sido si el planteamiento hubiera sido más "italiano" en este extremo, donde "el ser o no ser" de toda la actuación normativa iniciada con el Decreto-ley queda subordinada a la posterior ley de conversión. En el caso español, en el que estamos ante competencias legislativas autónomas, la Ley de conversión no es algo necesario y remitido al mismo inicio de la actuación normativa, sino sólo una posibilidad con los efectos temporales ordinarios de cualquier Ley³².

Cuestión distinta a la anterior es la relativa a la eficacia retroactiva de la ley de conversión, como de cualquier otra norma; es decir, la cuestión de hasta qué punto el legislador "conversor", mediante disposiciones de eficacia retroactiva contenidas en la Ley puede legitimar determinados contenidos normativos hasta ese momento nulos. la cuestión sería si la respuesta en este caso debe ser la misma que en cualquier otra ley o si, por el contrario, no se debiera en este caso ser más estricto en lo que a la virtualidad del principio de irretroactividad se refiere. Y ello a fin de impedir el fraude a la Constitución, concretamente a su art.86, que podría suponer la sanación ab origine de un Decreto-ley inconstitucional.

Llegados a este extremo quizá la cuestión a plantearse sería hasta qué punto conviene llegar en la protección del Legislador frente a sí mismo, quiérese decir, frente a su propia mayoría. Cuestión esta que no podrá desligarse, en algún caso, de la de los imprecisos límites materiales a los que se encuentra sometido el Estado en su función legislativa en supuestos de efectiva extraordinaria y urgente necesidad.

d) ¿Convalidación y conversión? La Constitución, como es sabido, prevé dos modos de pronunciarse el parlamento sobre un Decreto-ley del Gobierno: La convalidación por el Congreso de los Diputados y la conversión en Ley por las Cortes Generales, de tal modo que sin un pronunciamiento favorable, de uno u otro tipo, el Decreto-ley decae en su eficacia en el plazo de treinta días. La práctica, confirmada por el Reglamento del Congreso ha realizado una interpretación "sucesiva" de los apartados segundo y tercero del art.86, de tal modo que la convalidación resulta preceptiva y sólo tras ella cabe plantear la conversión del Decreto-ley en Ley.

En relación con ello el TC ha venido a declarar que "nada se opone a una interpretación alternativa de ambas vías"³³. La cuestión, sin embargo, es que no es sólo que "nada se oponga" a esta interpretación, sino que esta es la única correcta. En efecto, una vez convalidado un Decreto-ley, éste deviene una disposición con valor y fuerza de ley tan estable como cualquier otra. En relación con la cual, qué duda cabe que el legislador puede intervenir en todo momento modificándola, integrándola o derogándola. Pero ello puede hacerlo lo mismo en el plazo de treinta días que en el plazo de treinta años; del mismo modo que igual puede hacerlo por el procedimiento de urgencia que por el procedimiento ordinario.

El procedimiento del art.86.3 ("conversión en ley") está previsto para los supuestos en los que no haya precedido la convalidación del Decreto-ley del Ejecutivo. Esto es lo único que explica el que se mantenga el mismo plazo, así como que se exija el procedimiento de urgencia, en una adaptación de la intervención parlamentaria italiana. plazo de treinta días y procedimiento de urgencia que deben ser interpretados del único modo lógico, es decir, de forma sucesiva, pues el constituyente debía ser plenamente consciente de que el procedimiento de urgencia tampoco permite aprobar una ley en treinta días. En realidad, lo que éste parece haber querido entender por "tramitar" es iniciar el procedimiento legislativo, en este caso por el "trámite de urgencia". Claro está que este acuerdo del Congreso implicará siempre un voto inicial favorable al Decreto-ley pero este acuerdo carece aún de repercusión alguna sobre el carácter del Decreto-ley, que sigue siendo "del Ejecutivo", y provisional, por tanto³⁴.

III. A lo largo de las tres Sentencias objeto de este comentario el TC ha tenido ocasión de precisar, en bastantes de sus extremos, su propia posición en relación con el control de constitucionalidad de los Decretos-leyes. Así, por lo que hace al objeto del control, contamos ya con una doctrina del Tribunal sobre su propia función de control del presupuesto de hecho, de la adecuación y de la limitación material del Decreto-ley.

En relación con la posibilidad de un control jurisdiccional del presupuesto de hecho, es decir, la presencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, las posiciones de las partes en el primero de los procesos que nos ocupan eran particularmente encontradas. Así, mientras los Diputados recurrentes entienden la cláusula como un típico concepto jurídico indeterminado, no precisable de forma general y previa, pero sí perfectamente identificable con relación con cada supuesto determinado, de tal manera que "se da o no se da", al margen de cualquier posibilidad de apreciación discrecional, el Abogado del Estado sostiene el carácter esencialmente discrecional de esta apreciación, en relación con la cual sólo cabe controlar la utilización abusiva o arbitraria de una competencia de apreciación que es del Gobierno³⁵.

El TC se ha acercado en sus planteamientos mucho más a esta segunda posición, que no a la primera. Apoyándose en su concepción fiscalizadora, o de control, de la "convalidación", el Tribunal como función muy particular de esta última el control del presupuesto de hecho, de tal modo que el control del propio Tribunal ya sólo podría referirse a supuestos de "uso abusivo o arbitrario" de una competencia de apreciación que sería esencialmente política³⁶. Esta actitud de autorestricción del Tribunal en relación con el control del presupuesto de hecho puede considerarse reforzada en la tercera de las Sentencias³⁷.

Por lo que hace a la segunda función de la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad, el TC aún advirtiendo que él no es juez de la oportunidad técnica³⁸, sí se ha considerado juez de la adecuación o conexión de sentido, habiendo apreciado la falta de este requisito, como hemos visto, en la primera de las Sentencias³⁹.

Pero el extremo más problemático de la jurisprudencia constitucional sobre este punto vuelve a ser el de la "sobrevenida falta de adecuación", con la consiguiente pretensión del Tribunal de ser "juez de la inadecuación sobrevenida"⁴⁰. En efecto, el TC se reserva, como se ha visto, la posibilidad de "llegar a una conclusión diferente" "en el futuro" constatando entonces una inadecuación del Decreto-ley producida por el transcurso del tiempo. Expresadas nuestras dudas sobre la comprensión material de la provisionalidad y sobre el concepto mismo de inadecuación sobrevenida, las dificultades que suscita un eventual control de esta última sólo confirma dichas reservas. ¿Cómo podría el Tribunal realizar este juicio sin abandonar su posición de autorestricción en relación con el presupuesto de hecho? ¿Qué criterio racional podría utilizar para fijar el momento exacto de la pérdida de adecuación?

Si el Tribunal tiene la sensación de "no encontrarse en su propio terreno" en la apreciación de la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad en sus dos funciones, no es este el caso cuando del control del respeto de la zona vedada al legislador de urgencia se trata. La interpretación de las materias excluidas de "afectación" por Decreto-ley forma parte del control jurisdiccional, citándola el Tribunal como el primero de los objetos del control⁴¹.

Pasando ya a la cuestión del sujeto o parámetro del control de los Decretos-leyes, conviene señalar ante todo cómo el Tribunal ha distinguido desde el principio de forma muy clara el control de la constitucionalidad formal, es decir, el control específico del Decreto-ley qua Decreto-ley, donde el parámetro del control viene constituido por el art.86 CE, y el control de la constitucionalidad material, como control respecto del resto de la Constitución. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el llamado control "formal" incorpora también, en medida importante, un control del contenido de la norma a través del control de la "adecuación" y de la "limitación". Esto es lo que la primera de las Sentencias llama "doble pronunciamiento"⁴², el cual es efectivamente llevado a cabo en la segunda de ellas, donde se plantean por igual problemas de inconstitucionalidad material que de inconstitucionalidad formal⁴³.

El último punto a tratar es el relativo al control jurisdiccional de un Decreto-ley "derogado" por Ley de conversión no recurrida, es decir, el supuesto planteado en la STC 111/1983. Es este, por lo demás, un problema con directas implicaciones en el de la naturaleza del Decreto-ley o, más genéricamente, de "las normas del art.86 CE".

La Ley de conversión, ciertamente, deroga al Decreto-ley, quien, con la entrada en vigor de ésta, desaparece del ordenamiento. Pero se trata, sin duda, de un supuesto especialísimo de derogación, de una derogación sui generis, desde el momento en que el contenido del Decreto-ley "trasladado" a la Ley de conversión no haya cambiado una coma. El contenido del Decreto-ley sigue, pues, vigente: Lo único que ha sucedido es que ha cambiado un "soporte" por otro.

En principio, la derogación de una norma deja sin contenido a un eventual control sobre la misma; la norma ya no forma parte del ordenamiento, por lo que pierde sentido su control, cuando menos, su control "abstracto"⁴⁴: Pero en el caso de la derogación-conversión lo único que se produce, como decíamos, es la sustitución de un "soporte" por otro, por lo que, en principio, no podría decirse con igual seguridad que el sentido del recurso desaparece: la norma sigue "materialmente" en el ordenamiento. Y, sin embargo, esto es precisamente lo que ^{no} va a ocurrir en el proceso que nos ocupa. Porque la Ley de conversión 7/1983, de 29 de junio, no es recurrida, interpretando el Tribunal que el hecho de haber transcurrido tres meses desde la publicación de la Ley sin que los recurrentes del Decreto-ley extiendan la impugnación a aquélla supone una negativa de éstos a que sea sometido a control el contenido del Decreto-ley "trasladado" a la Ley de conversión, por más que del escrito de demanda se pudiera desprender otra cosa. De tal modo que la voluntad de los recurrentes se contraería ya a solicitar del Tribunal el control del antiguo "soporte" en cuanto tal, como fuente excepcional del Derecho⁴⁵.

Precisamente este deseo inferido de los recurrentes sería perfectamente legítimo: Aunque el Decreto-ley haya quedado derogado y aunque su contenido no sea sometible a control al haber pasado a una norma no impugnada, el interés de la Constitución autoriza y legitima un pronunciamiento del Tribunal sobre el uso del art.86.1 por parte del Gobierno⁴⁶.

De todo lo cual el resultado es un control respecto del artículo 86 CE, es decir, un control exclusivamente "formal" del Decreto-ley 2/1983, pero un control formal limitado o restringido, por cuanto el Tribunal se abstiene invariablemente de pronunciarse cada vez que en el curso de este control formal se tropieza con un contenido "trasladado" a la Ley de conversión, que funciona como un infalible paraguas protector⁴⁷. Y ello con independencia de que el eventual juicio negativo de ese contenido hubiera dejado de serlo una vez trasladado a un "soporte" de calidad superior, cual es la Ley de conversión. Todo lo cual se mezcla con implicaciones en base a las cuales lo que podría estar ocurriendo es que la Ley de conversión posee una vis sanatoria del contenido desde su aparición en el ordenamiento, en el primero de los "soportes".

Frente a ello, el Voto Particular que acompaña a la Sentencia lleva a cabo un control "formal" sin restricciones del Decreto-ley, sin detenerse en si determinados contenidos han sido "trasladados" o no a la Ley de conversión⁴⁸.

En relación con la solución dada por la STC 111/1983 a este problema parece, ante todo, cuestionable, hasta qué punto el hecho de que "otra norma", no impugnada, contenga regulación idéntica a la impugnada precluye el conocimiento del Tribunal Constitucional de la legitimidad de aquélla. Pero, sobre todo, habría que plantearse por qué, después de todo, se mantiene el sentido (aunque restringido) del control abstracto de una norma ya derogada. Es decir, hasta qué punto tiene peso el argumento del "interés de Constitución", el control en cuanto control de la conducta, en este caso, del Gobierno. No se acabe de ver, en efecto, por qué el interés de la Constitución legitima el control de la legitimidad competencial abstracto de normas derogadas y no su control respecto de cualesquiera otras infracciones contenidas en ellas. Sobre todo, por qué no cabe extender este control a cualesquiera tipo de disposiciones legislativas, tanto por razones competenciales como de otro tipo.

Posiblemente, la razón estribe en el hecho de que en esta ocasión el legislador es el Ejecutivo, en tanto que normalmente el legislador es el Legislador. Y en el caso de este último ya es bastante con controlar las leyes vigentes, sin que parezca oportuno residenciar al Legislador (central o autonómico) ante el Tribunal Constitucional por

infracciones de la Constitución cometidas a través de leyes que ya no es tán en el ordenamiento. Pero la cuestión permanece: ¿No hubiera sido más correcto situar a los recurrentes ante la disyuntiva de impugnar la Ley de conversión o ver privado de contenido al proceso?

N O T A S

1. De entre las primeras aportaciones de la doctrina cfr. especialmente, J.Salas, Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978, 1984, con referencia bibliográfica española e italiana; de entre los tratamientos más recientes cfr. J.Pérez Royo, Las fuentes del Derecho, 1984, pp.100 y ss.; F. y J.Pérez Royo, La función del Decreto-ley en el ordenamiento constitucional español, 1984 (manuscrito, C.E.C.); desde la perspectiva de la intervención parlamentaria, J.R.Montero y J.García Morillo, El control parlamentario, 1984, pp.93 y ss.

2. Vid. P.Cruz Villalón, La protección extraordinaria del Estado, en: La Constitución española de 1978 (ed.de A.Predieri y E.García de Enterría), 1980, pp.661 y ss.(684).

3. B.O.E. de 28 de junio; JC 3, 358. En el proceso constitucional relativo al R.D.-L.17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo (STC 11/1981, de 8 de abril, B.O.E. de 25 de abril; JC 1, 174) el sujeto o parámetro del control no puede ser aún, en cuanto que pre-constitucional, el art.86 CE (cfr., con todo, FJ 5 p^a 2 de la Sentencia).

4. B.O.E. de 9 de marzo; JC 5, 69. Las STC 41/1983, de 16 de mayo (B.O.E. de 17 de junio; BJC 26, 639) y 51/1983, de 14 de junio (B.O.E. de 15 de julio; BJC 27, 793), en cuanto control concreto de idéntico precepto, reproducen los términos de la STC 6/1983. Cfr. sobre esta última, F.Falcón y Tella, El Decreto-ley en materia tributaria, REDC 10 (1984), pp.183 y ss. (206-213).

5. B.O.E. de 14 de diciembre; BJC 32, 1487. Cfr., aún con escasas aportaciones, A.Dominguez Vila, Reflexiones sobre el Decreto-ley en materia económica (Comentario a la STC de 2 de diciembre de 1983 en el recurso de inconstitucionalidad núm.116/1983), REDA 40-41 (1984), pp.257 y ss. Por lo demás, la problemática suscitada con ocasión del control del R.D.-L. 1/1983, de 9 de febrero, por el que se deroga la exacción sobre el precio de las gasolinas de automoción en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla (STC 35/1984, de 13 de marzo, resulta ajena a la que nos ocupa.

6. STC 29/1982 FJ 1 p^a 4; STC 6/1983 FJ 5 p^a 1; STC 111/1983 FJ 4.

7. La STC 29/1982 se centra, en este punto, como veremos, en el alcance del control jurisdiccional sobre la apreciación del presupuesto de hecho.

8. STC 6/1983 FJ 5 p^a 2.

9. STC 29/1982 FJ 3 p^a 4.

10. Por lo demás, no deja de llamar la atención el hecho de que el Tribunal haya limitado siempre este requisito a la insuficiencia del procedimiento legislativo de urgencia, sin aludir en ningún caso al de tramitación de un proyecto de ley en lectura única (Art.150 Regl.CD).

11. STC 111/1983 FJ 6: "...La justificación del Decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que, por circunstancias o factores o por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el proceso legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida..."

12. *ibid.*: "...Por lo demás, el modo como el artículo 86 ha contemplado la figura del Decreto-ley susceptible de culminar en una Ley por la vía del apartado tercero del indicado artículo, en un sistema en que el Gobierno ha de gozar de la confianza de la Cámara, confiere otra variante importante a la utilización del Decreto-ley, utilización con el designio de adoptar, dentro de los límites y concurriendo el presupuesto habilitante, previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior Ley aprobada, siguiendo lo que dice el artículo 86.3, su regulación definitiva". A contrario sensu, debe entenderse que en la primera de las "variantes", concebida más bien como suspensión ocasional de la legalidad ordinaria, la "vía" del art.86.2 será con frecuencia la más adecuada.

13. Primer "bloqueo" de requisitos: "a) La exigencia de que el Decreto-ley se dicte exclusivamente para afrontar una situación de extraordinaria y urgente necesidad"(STC 29/1982 FJ 2 pº 3). "...Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal implica que...exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan" (ibid., FJ 3 pº 4). "...No les autoriza esta competencia, sin embargo, para incluir en el Decreto-ley cualquier género de disposiciones: ni aquéllas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (ibid. pº5).

14. "Al abordar este punto debe partirse del supuesto de que las medidas requeridas para hacer frente a una situación de extraordinaria y urgente necesidad han de ser concretas y de eficacia inmediata y, por tanto, dado su carácter, no pueden alterar la estructura del ordenamiento. No es imposible que en algún caso esa necesidad urgente y extraordinaria haya de ser resuelta mediante una modificación de estructura, pero siendo esto excepcional, habrá de demostrarse en cada caso que ello es indispensable" (STC29/1982 FJ 6 pº 2).

15. "...corresponde a este Tribunal el examen...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 art.86 de la Constitución pueda haber existido y el Congreso de los Diputados puede 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" (STC 6/1983, FJ 5 pº 3 in fine).

EN CAMBIO,

16. "...se puede afirmar que no existe la necesaria adecuación entre la situación de necesidad habilitante y la regulación normativa producida, si a causa de la necesidad de dotar de medios y recursos financieros a las corporaciones locales en su primer periodo de funcionamiento posconstitucional, se estableciera una regulación de las bonificaciones y exenciones tributarias de la contribución territorial

urbana de las viviendas de renta limitada que adquiriera carácter permanente y normal. Es lo cierto, sin embargo, que la actual cuestión se suscita en relación con el primer ejercicio fiscal posterior a la vigencia del Decreto-ley, por lo cual la conclusión que hay que extraer es que el apuntado defecto no se puede considerar producido referido a dicho momento, sin perjuicio de que, en el futuro, podamos llegar a una conclusión diferente, si con el paso del tiempo la regulación nacida de una situación coyuntural y destinada a cubrir unas necesidades muy concretas traspasara nítidamente tales límites y manifestara claramente su tendencia a la permanencia y a la normalidad, pues, si tal caso llegara, podría hablarse de una sobrevenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida, que, en el momento actual no es perceptible" (STC 6/1983 FJ 7 pº2).

17. Supuesto para el que ya habría que ^{abrir} la caja de Pandora del "estado de necesidad".

18. Cfr. STC 111/1983 FJ 8.

19. Cfr. R.D.-L 22/1982, de 7 de diciembre, recurrido.

20. "Este doble pronunciamiento del T.C. entraña una previa y necesaria consideración sobre la naturaleza jurídica del Decreto-ley a la luz de lo dispuesto en el art.86 de la C.E..."(STC 29/1982 FJ 2 pº 3).

21. ibid. pº 4.

22. STC 111/1983 FJ 4.

23. J.Salas, cit.n.1 p. . J.Pérez Royo, Las fuentes del Derecho, 1984, p. .

24. "...en la hipótesis de que el Decreto-ley sea convalidado...si bien cede su carácter de provisionalidad, sigue siendo una norma o un acto con fuerza de ley, no una Ley."(STC 111/1983 FJ 3).

25. STC 6/1983 FJ 7 pº 2. Vid. continuación de la cita en la nota 16.

26. El que el Tribunal afirme que no quiera decir algo no quiere decir que no quiera decir nada; más bien lo contrario suele ser la regla.

27. Así, J.Salas, cit.n.1, p. ; J.Pérez Royo, Las fuentes del Derecho, 1984, p. ; J.R.Montero y J.García Morillo, cit.n.1, p. . Por lo común, sin embargo, reconocen que la cuestión no es clara.

28. STC 29/1982 FJ 2 pº 6: "Ahora bien, en aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se haya limitado a ejercer sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2º del art.86 CE, sin acudir a la vía del núm.3, 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..."

29. STC 6/1983 FJ 5 pº 3: "...Lo que el art.86 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..."

30. STC 6/1983 FJ 5 pº 3.

31. Antecedentes 2 I pº 2.

32. Algunas formulaciones de la STC 111/1983, sin embargo, dan pie a pensar, como señala el voto particular que le acompaña, que la Sentencia reconoce a la Ley virtualidad para sanar ab initio el Decreto-ley.

33. STC 29/1982 FJ 2 pº 5.

34. Por lo demás, es claro que el art.151.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados tiene su explicación en el callejón sin salida de la interpretación literal del art.86.3 CE, que parece exigir de las Cortes Generales una Ley en el término taxativo de treinta días. Del artículo 86.2, sin embargo, no cabe pasar al 86.3 sino, directamente, al 87.1.

35. STC 29/1982 Antecedentes 1 c) y 3 a).

36. "El peso que en 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, no puede ser obstáculo para extender también el exámen sobre la competencia habilitante al conocimiento del T.C., en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley adecuado a la Constitución... ...El T.C. 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... ...Así pues, sin perjuicio del posible y ulterior control jurídico-constitucional que corresponde a este Tribunal, es competencia de los órganos políticos determinar cuando la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley...(STC 29/1982 FJ 3).

37. STC 111/1983 FJ 5).

38. STC 29/1982 FJ 5).

39. *ibid.* FJ 3. STC 6/1983 FJ 5 pº 3 in fine. Acentuando la la actitud autorestrictiva del Tribunal, STC 111/83 FJ 7
40. Vid. *supra* nota 16.

41. STC 29/1982 FJ 3.

42. De tal modo que el TC habrá de "determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución"(STC 29/1982 FJ 2 pº 2).

43. "De esta manera son dos los grupos de cuestiones que en esta materia tenemos que resolver: uno que se refiere a la inconstitucionalidad que podemos llamar material, consistente en una violación del art.9 de la Constitución y eventualmente del artículo 33 y otro de inconstitucionalidad formal, que se relaciona con el rango y la forma de la disposición normativa cuestionada"(STC 6/1983 FJ 1 pº 5).

- 44. STC 111/1983 FJ 2.
- 45. ibid. FJ 3.
- 46. loc.cit.
- 47. ibid. F.J. 3, 7, 8, 11.
- 48. ibid. Voto particular 1 pº 3.

LA NUEVA FUNCION DEL CONCEPTO " ACTOS POLITICOS
DEL GOBIERNO" Y SU CONTROL JURISDICCIONAL.-----

MIGUEL A. APARICIO PÉREZ

=====

INTRODUCCION.-

Tal vez sean necesarias unas breves palabras introductorias que intenten explicar el por qué del tema escogido. La verdad es que, siguiendo la inveterada costumbre de ese equipo que decimos formar los profesores de la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona, se me encargó hace demasiados pocos días de que llenara un hueco producido en el área que correspondía a esta segunda sesión. La elección del objeto de los posteriores comentarios la hice porque pienso que es algo que enlaza, con cierta claridad paradójica, el principio de Estado de Derecho con el de Estado Social a la vez que pone de relieve la existencia de áreas de decisiones políticas del Gobierno, con el correspondiente revestimiento jurídico, que escapan materialmente al control jurisdiccional.

No obstante, vuelvo a insistir en ello, he carecido del tiempo suficiente para abordar reposadamente un trabajo de investigación aunque, y esa es mi mayor desgracia, ha sido lo suficientemente amplio para que no me haya podido negar a efectuarlo. En consecuencia, las líneas que siguen suponen el resultado de esa extraña contradicción entre la falta de tiempo y la presencia de "algún tiempo" y con tales connotaciones deben ser juzgadas.

Mi propósito, pues, es analizar si cabe hoy hablar de "actos políticos del Gobierno" en el sentido que otorgaba a esta expresión la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de Diciembre de 1.956. Como es sabido, dicha norma excluía una serie de actos del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los términos siguientes:

" No corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: (...) b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son las que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Pero, tal vez, sea procedente antes de continuar el que efectuemos unos comentarios sobre el significado tradicional del concepto de "acto político del Gobierno". Según es sobradamente conocido, el concepto de acto político, a los efectos que lo estamos examinando, nace primero en los años de la Restauración borbónica en Francia y más tarde se extendió a los demás países constitucionales. Y nace para hacer referencia a una serie de actuaciones del ejecutivo que si bien, en principio, debían estar sometidas a algún tipo de control jurisdiccional quedaban, por razones y razonamientos diversos, fuera de dicho control. Esta exclusión ha sido casi una constante general aunque los caminos seguidos para la determinación de los supuestos en que ella misma procedía han adoptado dos direcciones: la vía de la interpretación jurisprudencial y la vía de la creación directa en sede legislativa. El mejor exponente de esa primera vía está representado por el caso francés: después de las diversas incidencias que sufre su Consejo de Estado tras su creación en 1799 hasta que definitivamente adquiere competencias jurisdiccionales en sentido estricto en 1872 aparecen una serie de casos en que dicho Tribunal administrativo no entra a conocerlos por considerar que afectan a una "cuestión política, cuya decisión pertenece exclusivamente al Gobierno" (Arret "Lafitte" de 1822, que constituyó el primero de los supuestos contemplados). Después esta interpretación se estabiliza con la IIIª República pero cambiando los módulos que dan lugar a la misma: en la fase anterior, la calificación de que un acto era "político" procedía exclusivamente de que se entendiera por el Consejo de Estado "el móvil" político que había aconsejado su adopción; con la implantación del sistema liberal parlamentario, la doctrina continúa en el sentido de seguir entendiendo que hay actos políticos excluidos del control jurisdiccional pero que éstos existen por su propia "naturaleza" y no por la voluntad política del órgano que lo emite. Esta doctrina jurisprudencial fue ampliada con una serie de soportes teóricos de la doctrina jurídica. Carré de Malberg, por ejemplo, admitía que "es cierto, en efecto, que el Estado no se puede ligar de una manera absoluta y sin reservas, haciendo depender su actividad administrativa íntegramente de las leyes", sino que exige "un dominio de libre actividad", al que todos los autores denominan "actos de gobierno", y acababa definiendo el acto de gobierno como: acto "liberado de la necesidad de las habilitaciones legislativas y consumado por la autoridad administrativa con un poder de libre iniciativa, en

virtud de una fuerza ("puissance") que le es propia y que le llega de una fuente distinta a las leyes: de suerte que el gobierno puede ser cualificado, al menos en este sentido, de actividad independiente de las leyes" (págs.523, 526 y 527, de su "Contribution a la théorie generale de l'Etat", Paris 1923). De la misma opinión era toda la doctrina francesa (Laferrière, Hauriou y Esmein, entre otros) y en definitiva venían a resaltar esta peculiar capacidad del Gobierno para producir actos independientes de las Leyes e independientes -lo que es más importante- del propio principio de legalidad. Expresamente se indicaba que éstos actos escapaban a "cualquier tipo de control jurisdiccional" (ibidem, pág. 529).

La segunda vía, más explícita, fue la seguida en Italia donde la Ley de 31 de Marzo de 1889, reguladora del Consejo de Estado, indicaba que "el recurso no se admite si se trata de actos o disposiciones emanados del gobierno en el ejercicio del poder político". También a partir de esta disposición, que fue ulteriormente recogido en el Texto Unificado del Consejo de Estado de 26 de Junio de 1924 - y que todavía está en vigor-, una abundante doctrina y práctica jurisprudencial admitieron esta figura mediante la cual determinadas actuaciones gubernamentales escapaban al control jurisdiccional por el hecho de ser "actos políticos". Como es obvio, no podemos entrar en este momento en la interesante discusión que se ha ido produciendo en los medios doctrinales constitucionalistas y administrativistas. Valga una referencia al excelente trabajo de José L. Carro y Fernández Valmayor sobre "La doctrina del acto político (Especial referencia al Derecho italiano)" quien en 1967 se sumaba con su estudio a la corriente generada por García de Enterría a partir de 1962 ("La lucha por las inmunidades del poder en el derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos))" partidaria de negar la existencia misma de un concepto específico de acto político.

En cualquier caso y desde una perspectiva práctica podemos constatar, al menos provisionalmente, que, con mayor o menor delimitación conceptual, han existido siempre unos determinados márgenes en la actuación gubernamental excluidos del control jurisdiccional bien porque esos actos no fueran propiamente políticos (es decir, actos administrativos especiales) ^{al} encontrarse asimilados a otras categorías distintas (como por ejemplo, las actuaciones orgánicas constitucionales o las propiamente de caracter materialmente legislativo -Decretos-Leyes y Legislación Delegada) o bien porque la legislación o la jurisprudencia determinaran que, siéndolo, no procedía su control jurisdiccional.

Esto último es lo que sucedió en España a partir de la Ley de 13 de Septiembre de 1888, reformada luego en 1894, recogida como documento básico en el texto refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 8 de Febrero de 1952 y mantenido hasta la actualidad por la definitiva Ley de 28 de Diciembre de 1956 que mencionábamos más arriba. En esta larga práctica legislativa han estado presentes siempre los actos políticos de Gobierno como ámbitos exentos al control jurisdiccional.

A partir, no obstante, de los años sesenta el Tribunal Supremo comenzó a introducir rectificaciones en la determinación conceptual de los supuestos que debían entenderse como "actos políticos" abandonando la antigua teoría del "móvil político" y acercándose más a la apreciación de la politicidad por la "naturaleza" del acto. Por un lado comenzó a estimar que dichos actos debían ser producidos por "el Gobierno", es decir, por el Consejo de Ministros; por otro, que los mismos debían gozar de una cierta trascendencia dentro de la política general del país. Así, la sentencia de 7 de abril de 1960 indicaba que tales actos debían hacer referencia "a medidas políticas de defensa nacional o mando militar, es decir, a asuntos trascendentes dentro del ámbito general, y no precisamente para ventilar cuestiones individuales". Lo cual no obstó para que la misma jurisprudencia siguiera entendiendo por idénticas fechas que concurría la naturaleza de acto político en resoluciones individualizadas referidas al régimen de personal militar (Vid. E. García de Enterría, "La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo". cit., 2ª ed. 1979, págs. 68 y sigs.). De todas formas, como vemos y ese es el único objetivo que persigo, la presencia de una serie de actuaciones gubernamentales se ha encontrado siempre como una de las características del ejercicio de este tipo de poder.

Sin duda desde un punto de vista teórico y aceptado el básico principio de legalidad tal presencia resultaba incongruente. El propio García de Enterría señalaba (pág. 70 ob. cit) que "Se ha dicho con justicia de esta doctrina de los actos políticos que constituye pura y simplemente una reminiscencia de la vieja idea de la razón de Estado y del poder de ésta para hacer doblegarse en algún momento a la justicia; este es justamente el título "La survivance de la raison d'Etat", del famoso libro de André GROS (París 1932) y basta su enunciado para condenar su presencia en un Estado de Derecho que merezca este nombre" (subr. mío).

La novedad de la postura del profesor español que acabamos de citar tenía además otro mérito directamente político: como

el trabajo enunciaba, se traba de la "Lucha contra las inmunidades del Poder", es decir, de la lucha contra un Estado que no era Estado de Derecho.

Sin embargo, al margen de la coyuntura política concreta en que se formula esta doctrina en España y de los propios elementos de control jurisdiccional que la misma propone (el control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, el control de los conceptos jurídicos indeterminados a través del principio de la unidad de la solución justa y el control por los principios generales del Derecho a través de la apreciación de valores singulares), lo que nos interesa en este momento es volvernos a replantear la pregunta de la que han nacido las presentes reflexiones: ¿ se mantiene la existencia de los actos políticos en el sentido señalado por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa?. Y, en caso contrario, ¿ han aparecido una nueva categoría de tales actos o, al menos, una categoría similar?.

II.- LA REGULACION CONSTITUCIONAL.-

Es obvio que a partir de la regulación constitucional el precepto concreto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con que encabezámaos estos comentarios ha quedado derogado. Sin entrar en la polémica de la diferencia entre inconstitucionalidad sobrevenida y derogación resulta bastante claro que nos hallamos ante un caso típico de derogación directa -apreciable, pues, por la jurisdicción ordinaria- por ^{virtud} ~~razón~~ de la disposición derogatoria constitucional en su apartado 3º. El juego del artº 9 en su apartado 1º ("Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"), con el principio de la vinculación activa de la Administración a la Ley, más la garantía constitucional del principio de legalidad del propio artº 9, 3º ~~del~~ y la adición del principio general sentado en el artº 24 1 ("Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión") introduce el substrato o plataforma que impide la sustracción de cualquier tipo de acto gubernamental al imperio de la Constitución y de la Ley. Como ha señalado Predieri "la nueva Constitución española ha asumido la regulación gradualista de las fuentes, la jerarquía de las normas, la legalidad como estructura básica institucional y política, tanto en virtud de una declaración explícita (art. 9, ap. 3) como en cuanto a ~~la~~ determinación de su papel en el sistema constitucional" ("El sistema de

las fuentes del Derecho", pág. 159, en "La Constitución española de 1978. Estudio sistemático", dir. por E. García de Enterría y A. Predieri, Madrid, 1980) -subr. mío-.

En consecuencia el principio general está claro y el precepto a que aludimos en cuanto va en contra de los postulados constitucionales se ha de entender derogado.

El problema que surge es, en primer lugar, si ha desaparecido como tal la categoría de acto político. Baena del Alcázar defiende que, incluso desde una perspectiva doctrinal, tal categoría no sólo existe sino que hay que mantenerla: "Para ello -indica- habría que partir, claro es, de un "prius" político y lógico: la toma de postura sobre si se debe aceptar o no la existencia de la categoría. A juicio del que escribe hay que pronunciarse en sentido afirmativo, pues evidentemente existen cuestiones que los poderes del Estado deben decidir con un criterio de voluntarismo político que no puede estar sometido en cuanto a su fondo a los Tribunales de Justicia. Esto es algo que no se niega ya ni por el sector doctrinal que ha combatido más acerbadamente la categoría, pues dicho sector admite los actos políticos siempre que estén limitados a las relaciones del Gobierno con el Parlamento o con otros Estados" ("Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español", Madrid, 1978, págs. 110-111).

Sin entrar por el momento en comentar esta postura, es cierto, sin embargo, que efectivamente aparecen una serie de actos procedentes de la función gubernamental que no parece que sean susceptibles de control jurisdiccional ordinario. Garrido Falla, basándose en la distinción conceptual entre Gobierno y Administración, ofrece la explicación siguiente: "la nota distintiva última en la determinación de su perfil (del Gobierno) habría de encontrarse en el decisivo dato de que es el titular de la "función de gobierno"; es decir, aunque ésto parezca una perogrullada: "en que el Gobierno es el que gobierna". Y a continuación enumera una serie de funciones de este tipo (la iniciativa legislativa, la dirección de la política interior y exterior del estado, las relaciones con las Cortes, la disolución de las Cortes, la elaboración de la planificación y de los Presupuestos Generales, la emisión de Deuda Pública y empréstitos, la intervención en la designación del Fiscal General o de los miembros del Tribunal Constitucional, los poderes extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas y la iniciativa para la reforma constitucional) que "son -añade- cuestiones políticas y no administrativas que definen la función de gobierno y que están fuera de la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa por definición, a pesar del sistema de

"cláusula general" ("Comentarios a la Constitución", dirg. por F. Garrido Falla, Madrid, 1980, pág.981).

Como vemos de nuevo se vuelve a reintroducir la polémica doctrinal. En buena parte, a mi juicio, es un problema semántico porque lo que se está debatiendo en el fondo es si el Gobierno puede producir actos que no tengan naturaleza jurídica y que, por tanto, queden excluidos de cualquier control jurisdiccional. E incluso, en esta misma óptica si el Gobierno es o no es Administración en determinadas circunstancias en función de ese otorgamiento constitucional de que "dirige la política interior y exterior". Porque si el Gobierno también es en todo caso Administración difícilmente podría escapar en ningún ~~caso~~ supuesto a lo que preceptúa el artº 106 de la Constitución: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" (Vid. comentarios de M. Sánchez Morón en "Función Administrativa y Constitución", págs.630-633, en la ob. colect. cit. "La Constitución española de 1978. Estudio sistemático").

En realidad no parece que tal identificación entre Gobierno y Administración se produzca ni en el tratamiento constitucional ni en el régimen jurídico general por el que se rigen cada uno de ellos. Pero el problema sigue estando en pie, porque, aun admitiendo este distinto régimen jurídico ¿ es posible considerar que determinadas actuaciones gubernamentales -como son las reveladas en la dirección de la política interior y exterior- quedan fuera del principio de legalidad?.

Desde una ~~perspectiva~~ ^{óptica} distinta a la utilizada por Garrido Falla y Baena del Alcázar, I. de Otto plantea también la cuestión de "la llamada función de gobierno". Según este último autor, hay que distinguir la utilización no jurídica de este concepto de su adecuado sentido jurídico y constitucional. En la primera perspectiva, "El concepto de gobierno como función aparece, por tanto, como la antítesis del ^{Derecho} y todo intento de conversar o reintroducir esa esfera extrajurídica choca con el obstáculo de la juridificación progresiva de la actuación del Estado, con la tendencial reducción de ésta al binomio legislación-ejecución". De acuerdo con su postura, esta perspectiva de la función de gobierno como algo no jurídico, aparte de los estudios de la ciencia política anglosajona, se dio en la construcción dualista propia de la monarquía constitucional donde el Gobierno se definía por la ausencia del derecho, por ser su actividad de carácter no normado. Por eso, la segunda perspectiva,

que es la propia del Estado democrático de estructura monista, si quiere mantener el análisis jurídico del mismo "tiene que prescindir por completo de la función de gobierno" y ello, porque en este tipo de Estado, "Toda actividad es normada y, en el mejor de los casos, cabría hablar tan sólo de una diferencia de grado en la que no se contiene ninguna diferencia jurídicamente esencial" ("La posición constitucional del Gobierno", en Documentación Administrativa, nº 188, Madrid 1980. Las citas son de las págs. 171, 172 y 173). De forma -continúo con la exposición del autor- que la función de gobierno no existe en nuestro texto constitucional como algo distinto de la función legislativa o ejecutiva. Textualmente indica De Otto: el artº 97 de la Constitución "no define una función de gobierno, sino que imputa al Gobierno, al órgano Gobierno, una serie de funciones y competencias, y en primera parte menciona una actividad direccional que se desarrolla a través de competencias distintas" (ibidem, pág. 176).

Tenemos así una tríada de posiciones que serían: 1ª) El concepto de acto político es inútil; 2ª) El concepto de acto político no sólo es útil sino que además es inevitable; 3ª) El acto político, desde la perspectiva constitucional, no existe.

III.- LOS NUEVOS "ACTOS POLITICOS" COMO EXPRESION DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DEL GOBIERNO.-

Hasta aquí me ha interesado desarrollar unas líneas doctrinales que encuadran creo que suficientemente el debate alrededor del objeto general que sirve de excusa a estos comentarios. Sobre tal debate, no obstante, creo que debo añadir algunas consideraciones alrededor de la relación de estos actos con su control jurisdiccional. En términos esquemáticos podríamos decir que la primera y tercera de las posturas indicadas coinciden ^{en parte} mientras que la segunda disiente. Para García de Enterría y J. L. Carro el núcleo fundamental de la doctrina tradicional hacen referencia a actos de "relación constitucional" que no inciden en modo alguno en la esfera jurídica de los particulares, agotan su fuerza en la esfera constitucional y, en último extremo, pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional; con ello quedan exentos de inmunidad alguna al quedarse integrados en el circuito de los propios controles constitucionales (bien en el control político que existe en la relación entre órganos o bien en el control jurisdiccional del Tribunal Constitucional). El trabajo del profesor De Otto no se pronuncia sobre este tema, pero es obvio que de sus premisas se desprende la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los actos formales concretos

en que la decisión política necesariamente ha de plasmarse que, como vimos, o es función legislativa o es función ejecutiva con lo que se podrán poner en marcha de los diversos mecanismos de control jurisdiccional que versan sobre cada una de ellas en sus diversas formulaciones. Para la segunda de las posturas indicadas lo único que se produce es un control político en los límites y las peculiaridades que el mismo posee. A juicio de Garrido Falla "Las posibles infracciones de la Constitución que el Gobierno cometa en el ejercicio de estas atribuciones dan lugar a un sistema específico de responsabilidad -la responsabilidad política- que fiscaliza el Parlamento" (Ob. cit. pág. 981).

De todas formas, cualquiera que sea la postura que se adopte y sean considerados o no este tipo de actos como actos políticos, lo cierto es que su realización nace directamente de la Constitución que no sólo habilita jurídicamente para que sean adoptados sino que regula de manera directa sus elementos esenciales. Cuando Garrido Falla plantea el caso de la posible infracción por parte del Gobierno de la disposición constitucional que prohíbe la presentación de una propuesta de disolución de las Cortes cuando esté en trámite una moción de censura e indica que tal infracción abriría un conflicto político constitucional y que el Decreto de disolución no sería impugnable en vía contencioso-administrativa, está olvidando que además del control político existe el control jurisdiccional del Tribunal Constitucional, puesto que nos hallaríamos ante un acto singular del ejecutivo con fuerza de ley por constituir un desarrollo directo de la Constitución. Por tanto y al margen de todas estas consideraciones puesto que en el fondo la polémica adquiere unos ciertos tintes bizantinos, surge de nuevo el interrogante inicial sobre la existencia o no existencia de actos políticos de gobierno que sean asimilables a lo que con mayor o menor precisión hacía referencia la antigua (y como vemos, no tan antigua) doctrina constitucional-administrativa y la propia legislación correspondiente.

En definitiva, sobre los elementos que he sacado a relucir hasta este instante mi personal juicio es el siguiente: el viejo concepto de acto político en cuanto acto del Gobierno que quedaba excluido del tráfico jurídico normal no tiene en la actualidad ninguna vigencia. Desde la perspectiva de nuestro sistema constitucional puede afirmarse, en mi opinión, que simplemente no existen y que los que son ofrecidos como tales en realidad nada tienen que ver con los que expresamente los calificaba así nuestra Ley de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa. Aquí cabría una explicación política de por qué dicha Ley introducía esas excepciones al control jurisdiccional: en un rápido apunte y porque no puedo extenderme, creo que fue el resultado tanto de una tradición arraigada incluso en los sistemas parlamentarios como de un ofrecimiento de quienes prepararon todo el esquema de reforma de la Administración (que arranca de la Ley de Expropiación Forzosa, sigue con el Texto Refundido de la Administración Local, continúa con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se mantiene en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado y culmina provisionalmente con la Ley de Procedimiento Administrativo) para dejar un cómodo margen de maniobra a la estructura dictatorial del Gobierno. En definitiva, fue una muestra del Estado Administrativo que se proyectó en la década de los cincuenta y se desarrolló hasta llegar hasta estos días. Pero lo que simultáneamente sí es cierto es que tales excepciones no suponían una quiebra de los elementos fundamentales de ese tipo de Estado que contaba con medios suficientes y sobrados para dar la vuelta a una jurisdicción que, por lo demás, tan comedidamente se comportó en el desarrollo de su actividad.

El problema central, por lo tanto, no es el de la perduración o no de tales mecanismos ciertamente supletorios. El problema es si, con la nueva forma de Estado y de Gobierno planteada por la Constitución y desarrollada a su amparo, han surgido, como decía anteriormente, nuevas formas que materialmente sean asimilables a lo que hemos venido describiendo.

Y mi parecer -hay que decirlo con carácter previo- es que tales tipos de actos no sólo han surgido sino que además aparecen como manifestación en cierta forma necesaria de un tipo de Estado que sólo muy lejanamente está previsto por la Constitución y que se acerca cada vez más a lo que en términos de ciencia política podemos llamar "neocorporativismo".

Tal vez la mejor y más importante expresión de estas nuevas formas se encuentren en los pactos formalizados que el Gobierno efectúa con los representantes de grupos sociales. Me estoy refiriendo, como es obvio, a los llamados por la doctrina "Acuerdos básicos" que normalmente se efectúan entre el Gobierno o Departamentos Ministeriales y representantes de los sindicatos obreros y las organizaciones empresariales con el fin de, por un lado, regular las relaciones de trabajo y, por otro, definir una determinada política económica que el Gobierno queda obligado a efectuar.