

EL DECRETO-LEY COMO ALTERNATIVA A LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN SITUACIONES DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD

Por

M.^a DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ADMISIBILIDAD DEL DECRETO-LEY EN EL ÁMBITO DE LAS MATERIAS NO RESERVADAS A LA LEY: II.1. *Los criterios de la doctrina. La admisión por el Tribunal Constitucional de decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley.* II.2. *Razones que justifican el uso del decreto-ley como instrumento alternativo al reglamento.* II.3. *El procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales.* II.4. *Conclusión: la constitucionalidad de los decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley.*—III. LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL USO DEL DECRETO-LEY PARA REGULAR MATERIAS NO RESERVADAS A LA LEY.—IV. UN POSIBLE USO PERVERSO DEL DECRETO-LEY: IV.1. *El presupuesto habilitante del decreto-ley.* IV.2. *Tipo de control que ejerce el Tribunal Constitucional.* IV.3. *El uso perverso del decreto-ley.*—V. LA NECESIDAD DE PREVISIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el decreto-ley es una norma con rango de ley que el Gobierno puede emanar en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE). Precisamente por el rango que ostenta esta fuente del Derecho y por concurrir también en el Gobierno la potestad reglamentaria, se ha querido ver en el ámbito de las materias reservadas a la ley el campo de acción de esta disposición. De este modo, si la situación de extraordinaria y urgente necesidad reclama una norma con rango de ley será posible la emanación de un decreto-ley; en cambio, habrá de dictarse un reglamento si se trata de regular una materia no sujeta a tal reserva.

En el fondo de este planteamiento late, desde luego, la consideración del decreto-ley como una norma excepcional. Pero con el mismo se olvida, sin embargo, que no siempre el ejercicio de la potestad reglamentaria resulta eficaz, circunstancia ésta que puede dar lugar a que el Gobierno acuda al dictado de decretos-leyes en situaciones de urgencia. También late, preciso es reconocerlo, una concepción muy amplia del reglamento, pues si éste se limitara a ser, como se ha postulado, el complemento indispensable de la ley, probablemente no tendría mucho sentido la discusión (1).

(1) Señala T. R. FERNÁNDEZ (1992, pág. 43) que «si las normas reglamentarias se limitaran a aportar el complemento técnico indispensable que las Leyes reclaman, como, en

Interesa destacar además, ya desde el principio, que el Tribunal Constitucional no ha recibido el supuesto requisito de validez referido y, al menos en una sentencia, ha admitido expresamente la constitucionalidad de un decreto-ley que regulaba materia no reservada a la ley. En otra sentencia mucho más reciente ha vuelto a aceptar tal posibilidad, si bien de modo indirecto.

En las páginas que siguen pretendo desarrollar estas cuestiones que suscita el régimen jurídico de los decretos-leyes y el del ejercicio de la potestad reglamentaria. Mi propósito es destacar la actual configuración del decreto-ley como un instrumento opcional respecto del ejercicio de la potestad reglamentaria y llamar la atención sobre los peligros que puede entrañar el abuso de este uso alternativo de la norma, posibilidad ésta que el entendimiento sumamente flexible del presupuesto de hecho del decreto-ley propicia: me refiero, en particular, a su utilización como mecanismo de huida del procedimiento de elaboración de los reglamentos y como blindaje normativo frente al control contencioso de las disposiciones del Gobierno, en los términos que después se verán. El objetivo último que persigo es poner de manifiesto la conveniencia de que se establecieran en nuestro Ordenamiento normas especiales sobre la emanación de reglamentos en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad.

II. LA ADMISIBILIDAD DEL DECRETO-LEY EN EL ÁMBITO DE LAS MATERIAS NO RESERVADAS A LA LEY

II.1. *Los criterios de la doctrina. La admisión por el Tribunal Constitucional de decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley*

El decreto-ley ha sido objeto de atención por parte de diferentes autores de las distintas disciplinas del Derecho Público. Con mayor o menor extensión, los trabajos en los que se ha analizado esta figura se han ocupado de estudiar los diversos extremos de su régimen jurídico, entre ellos y muy destacadamente el presupuesto habilitante para su emanación y los límites materiales de la regulación que enuncia el artículo 86 de la Constitución (CE). También se ha dedicado alguna atención a otros límites constitucionales, como el que ahora nos ocupa de la pretendida necesidad de que el decreto-ley regule materias reservadas a la ley.

En efecto, distintos autores han postulado la utilización del decreto-ley para regular materias reservadas a la ley. Algunos de ellos han introducido una matización que permite entender que sería posible emanar un decreto-ley en materias no reservadas cuando no fuera posible ejercer la potes-

principio debería ser, el debate público de las mismas sería no sólo innecesario, sino imposible, porque nadie estaría interesado en participar en una discusión técnica carente de trascendencia para la libertad».

tad reglamentaria. Otros autores, en cambio, han admitido sin condiciones la utilización del decreto-ley en el campo de las materias no reservadas. Destacan al respecto las opiniones de J. SALAS (2), P. SANTOLAYA MACHETTI (3),

(2) J. SALAS (1979, págs. 30 y 38) precisó que si fuera posible la regulación por reglamento «no habría problema alguno» y que «quedan al margen de la utilización del mismo [del decreto-ley] todos aquellos supuestos en los que el Gobierno pueda acudir a la vía reglamentaria» (la cursiva es mía); el autor nos informa además de que en la Diputación Permanente del Congreso se suscitó, con ocasión del Decreto-Ley 1/1979, de 8 de enero, la inadecuación de esta norma para afrontar una situación que podría haberse resuelto con un reglamento. Como se aprecia, J. SALAS pudo referirse a la reducción del decreto-ley a las materias reservadas a la ley o bien, de modo más amplio, a cualquier imposibilidad —incluida la premura del tiempo— para hacer uso de la potestad reglamentaria.

Con posterioridad (1991, pág. 278) volvió a pronunciarse sobre la cuestión. En primer lugar, ratificó que «el ámbito de regulación del Decreto-ley es el propio de la Ley o, como suele decirse, el de las materias reservadas a la Ley» y que «donde puede hacerlo el reglamento no tiene sentido la intervención del Decreto-ley». A continuación manifestó su discrepancia respecto de P. SANTOLAYA pues, a su juicio, la razón que proscribía el uso del decreto-ley no es la supuesta idéntica agilidad del reglamento: «ello no es así en absoluto, sino porque puede ser indicio de una auténtica desviación de poder» (la cursiva es mía). A la postre, sin embargo —y acaso por la evidencia proporcionada por la STC 60/1986, a la que después me referiré y que el autor tilda de acertada—, concluyó la constitucionalidad de la elevación de rango de una materia por decreto-ley en los siguientes términos: «ahora bien, que no tenga sentido o que pueda tenerlo desviado, no empece, a mi juicio —siempre que se den los demás requisitos constitucionales—, para que se eleve el rango de la regulación de una materia por Decreto-Ley». Esta finalidad —la de elevar el rango de una materia— es la que, a su juicio, justificaba la utilización del decreto-ley en lugar del reglamento, como más adelante explicitó. En la pág. 287 reiteró que «por principio, y a menos que la utilización del Decreto-ley sea absolutamente superflua, la materia en cuestión ha de estar reservada a la Ley», añadiendo que «debe darse por supuesto que el ámbito natural del Decreto-ley es el de las materias reservadas a la ley. Porque, obviamente, si el Gobierno pudiera entrar a regular una materia por Decreto, no tendría por qué acudir al Decreto-ley». Empero, en la nota 73 aclaró que «a menos que quisiera elevar el rango —congelándolo— de la normativa en cuestión».

(3) P. SANTOLAYA (1988, págs. 113 y ss.) comienza por extraer de la jurisprudencia constitucional la regla de que el ámbito del decreto-ley es el de las materias sometidas a reserva material o formal de ley, «que, por tanto, en circunstancias normales, es decir, si no surgen esas notas de “extraordinaria y urgente necesidad”, deberían ser reguladas por las Cortes Generales». Seguidamente explica que «si la Administración puede actuar a través de sus instrumentos típicos —los reglamentos— de forma plenamente eficaz, no se acaba de entender por qué acudir a la vía de su tratamiento como Ley mediante el procedimiento extraordinario de los Decretos-Leyes, entre otras razones porque parece que en ningún supuesto se puede hablar en este caso de urgencia y necesidad como causa para sustituir la normal actividad del Parlamento». Juzga en consecuencia acertada la postura de J. R. PARADA (1983, pág. 1149), para quien «la primera y más elemental condición para estar en presencia de un caso extraordinario y de urgente necesidad que justifique una innovación legislativa a través del Decreto-Ley es que la Administración no pueda conseguir el mismo resultado actuando las potestades (ordinarias) que tiene atribuidas en el ordenamiento vigente». Desde estas premisas critica la STC 60/1986, que, a su juicio, establece la doctrina de que «estaría permitido salvar la supuesta falta de urgencia en la inexistencia de una reserva reglamentaria en nuestro texto constitucional»; en este sentido, explica que ello está fuera del contexto del decreto-ley, pues la inexistencia de espacios exentos de ley lo es para el Parlamento y no para aumentar el campo de actuación del Gobierno en el uso de un instrumento «no normal» (vid. las págs. 115 y 116). Concluye postulando —en mi opinión, apartándose de la tesis de PARADA— que «se limite el uso de los Decretos-Leyes a los campos previamente acotados por la acción del Parlamento, material o formalmente, y que en aquellas materias no afectadas por dichas reservas el Gobierno actúe mediante sus instrumentos “normales”, y ello por las siguientes razones: «en primer lugar, porque son tan ágiles como los Decretos-Leyes, por lo cual resulta una auténtica “prueba diabólica” justifi-

V. ÁLVAREZ GARCÍA (4), L. LAVILLA ALSINA (5), I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (6), A. CARMONA CONTRERAS y F. J. CALVO GALLEGU (7) y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (8).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que es constitucional la regulación por decreto-ley de materias no reservadas a la ley en la repetidamente citada STC 60/1986, sobre el Real Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre, de medidas urgentes de reforma administrativa, que reguló el número y denominación de los Departamentos ministeriales, así como determinados aspectos de la organización administrativa. En particular sobre esta parte del Decreto-Ley, el Tribunal admitió que lo que había hecho era «elevar de rango normativo y congelar legalmente buena parte de la materia de organización que con anterioridad estaba deslegalizada, operación perfectamente legítima según la Constitu-

car la existencia de la urgencia; en segundo lugar, porque así parece exigirlo la naturaleza del instrumento; en tercer lugar, porque para actuar mediante reglamentos el Gobierno no tiene que alegar necesidad de ningún tipo, e incluso, por último, porque en algunos supuestos, paradójicamente, como señala PARADA VÁZQUEZ, el revestimiento formal como Ley de la acción del Gobierno puede incidir en una menor posibilidad de defensa de los ciudadanos, al privarlos de sus derechos ordinarios de recursos que poseen en relación con los reglamentos».

Me parece que SANTOLAYA excluye toda posibilidad de que el decreto-ley regule materia no reservada a la ley. No admite la excepción, que sí acoge PARADA, de que «la Administración no pueda conseguir el mismo resultado actuando las potestades (ordinarias) que tiene atribuidas en el ordenamiento vigente».

(4) V. ÁLVAREZ (1996, pág. 491) también se ha pronunciado en contra de que por decreto-ley se regule materia no reservada a la ley, pues lo impone el principio de intervención mínima. Consecuentemente, ha criticado la STC 60/1986.

(5) L. LAVILLA (1989, págs. 610 y ss.) igualmente ha ceñido el ámbito de los decretos-leyes a las materias reservadas a la ley.

(6) I. ASTARLOA (1998, págs. 227 y 230) no se muestra crítico con la posibilidad de que por decreto-ley se eleven de rango materias reglamentarias, si bien sí admite que ello plantea el problema de amparar con rango de ley decisiones ejecutivas.

(7) A. CARMONA (1997, pág. 135), con cita de SALAS, ha considerado que el ámbito del decreto-ley es el de las materias reservadas a la ley; ése, a su juicio, es su «terreno natural». En consecuencia, y con apoyo en la opinión de SANTOLAYA, ha criticado la elevación de rango de determinadas materias a partir de su regulación por decreto-ley, recordando que la inexistencia de un principio de reserva reglamentaria opera a favor del Parlamento y en detrimento del Gobierno (*ibidem*, pág. 219). La autora, sin embargo, matiza que el Ejecutivo debe actuar mediante reglamentos y no utilizar el decreto-ley «cuando aquéllos resulten tan ágiles y efectivos como éste», y añade que «este tipo de operaciones sólo resultarán constitucionalmente aceptables cuando razones de urgente necesidad vengan a anular la virtualidad operativa de los normales instrumentos reguladores utilizados a tal efecto» (*ibidem*, págs. 219 y 220; las cursivas son mías). De estas afirmaciones pudiera concluirse que admitiría el decreto-ley en los casos que tratamos cuando la urgencia haga ineficaz el ejercicio de la potestad reglamentaria; ello sería además congruente con su consideración del decreto-ley como un instrumento ordinario (*vid. págs. 80 y ss.*).

En un posterior estudio, junto con F. J. CALVO (2003, págs. 234 y 235), los dos autores precisan que no cabe objetar nada desde la perspectiva constitucional a la regulación por decreto-ley de materias que tradicionalmente se han regulado por reglamento, si bien sí subrayan su inadecuación desde la perspectiva de la técnica legislativa.

(8) M. FERNÁNDEZ (2002, pág. 290, nota 639) apunta que «por lo que se refiere al Gobierno, razones de urgencia o necesidad pueden justificar en muchos casos el recurso al instituto del Decreto-Ley, en lugar de recurrir a un instrumento reglamentario emanado sin las debidas garantías».

ción, habida cuenta de la inexistencia en nuestro sistema de producción normativa de un principio de reserva reglamentaria» (FJ 2) (9).

Otra sentencia que procede destacar es la 11/2002, de 17 de enero, que enjuició el Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, por el que se suprimieron como Corporaciones de Derecho Público las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana. Conviene aclarar, para situar debidamente los pronunciamientos del Tribunal, que la disposición traía causa de la STC 178/1994, de 16 de junio, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición final décima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990; esta Ley había suprimido las Cámaras y dispuesto que, en tanto el Gobierno no regulase reglamentariamente el destino de su personal y de sus bienes, siguieran rigiéndose por la normativa anterior; este reglamento, como se relata en los Antecedentes de la STC 11/2002, no se había producido a la fecha de la STC 178/1994. Por todo ello se dictó el Decreto-Ley 8/1994, con un contenido casi idéntico a la Disposición final anulada por la STC 178/1994, de modo que incluía también una nueva habilitación legal para dictar el reglamento anunciado en 1990 (10).

Planteadas la posible inconstitucionalidad del Decreto-Ley debido, entre otros motivos, a que reiteró la habilitación normativa al Gobierno, en vez de regular él mismo la materia en cuestión (11), el Tribunal admitió la constitucionalidad de esta última opción, sin llegar a declarar la inconstitucionalidad de la norma por el motivo alegado. En este sentido, y sobre la base del reconocimiento de la concurrencia del presupuesto habilitante (FF.JJ. 6 y 7), el Tribunal Constitucional aclaró que realmente el Decreto-Ley no se había limitado a reiterar la habilitación, pues también había incluido una normativa de aplicación transitoria, de modo que el reproche de inconstitucionalidad por esta razón no podía prosperar. Sin embargo, y esto es lo que a nosotros nos interesa, el Tribunal dejó a salvo la posibilidad de que el Decreto-Ley hubiera acometido la regulación completa de la materia, esto es, tanto la necesidad de ley como la exenta de la reserva. Así se deduce, en mi opinión, de la siguiente frase del FJ 7 de la sentencia: «Cuestión distinta es que, de ser así las cosas, acaso debió el Gobierno proceder directamente al establecimiento de esas medidas, sin limitarse —como se ha hecho y así se lo reprochan los ahora recurrentes— a sentar las bases sobre las que en el futuro habría de sentarse el régimen y destino del personal y patrimonio de las Cámaras».

En uno de los votos a la sentencia, el particular del Magistrado don Pablo GARCÍA MANZANO, luce también esta consideración. A juicio del Magistrado, el Decreto-Ley era inconstitucional porque «no respondió a la nece-

(9) Como vimos anteriormente, P. SANTOLAYA (1988, pág. 116) no considera de recibo «la doctrina jurisprudencial según la cual estaría permitido salvar la supuesta falta de urgencia en la inexistencia de una reserva reglamentaria en nuestro texto constitucional». Pero, a mi juicio, no es esto lo que hace la STC 60/1986; ésta admite el decreto-ley por considerar que no hay una reserva reglamentaria (FJ 2) y aprecia, además, la concurrencia de una extraordinaria y urgente necesidad (FJ 3).

(10) Finalmente se dictó el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre.

(11) Vid. el antecedente 3.a) de la STC 11/2002.

sidad extraordinaria de hacer frente a un estado de cosas difícil o imposible de prever; ni contenía normas sustantivas inmediatamente eficaces que modificasen la situación jurídica entonces existente, y que requería, según el Gobierno, de una respuesta normativa urgente» (punto 5 del voto). Sin embargo, coincide en parte con el criterio de la mayoría —expresada, según mi opinión, en la frase antes transcrita del FJ 7— cuando afirma que «si el Gobierno aprecia necesidad y urgencia en acometer la regulación normativa de una determinada materia no excluida por el artículo 86 de la Constitución, debe aquél aprobar la pertinente regulación mediante Decreto-ley y hacer frente a la situación inaplazable, pues el Decreto-ley no ha sido constitucionalmente previsto para dar cobertura a una mera declaración formal carente, en términos jurídicos, de toda dimensión innovativa, ni, como es el caso, para cobijar una estricta habilitación legal, huérfana de cualquier otra medida normativa, y por la que el Gobierno se autorizaba a sí mismo para aprobar, en el ejercicio de su potestad reglamentaria y sin sometimiento a plazo determinado, una regulación que, sin embargo, era paradójicamente calificada de necesaria y urgente a los solos efectos de justificar la utilización del Decreto-ley» (12).

II.2. *Razones que justifican el uso del decreto-ley como instrumento alternativo al reglamento*

Supuesta la constitucionalidad de los decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley, procede a continuación indagar sobre las razones que pueden impulsar al Gobierno a emanar esta disposición.

Para J. SALAS (1991, pág. 287, nota 73), la finalidad perseguida pudiera ser la elevación del rango de la materia, congelando la regulación; aunque no lo llega a afirmar expresamente, la conclusión lógica sería la de considerar que pudiera ser de extraordinaria y urgente necesidad, precisamente, tal elevación del rango. En cualquier caso, y como en su momento vimos, este autor entiende que un decreto-ley de estas características no tendría sentido o podría constituir un indicio de desviación de poder. Implícitamente, A. CARMONA (1997, págs. 219 y 220) parece admitir que la urgencia puede hacer ineficaz el uso de la potestad reglamentaria, supuesto en el cual el Gobierno dictaría un decreto-ley. Advierte la autora que esta opción imposibilitaría la impugnación de la normativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta misma línea, M. FERNÁNDEZ (2002, pág. 290, nota 639) apunta, como vimos, que razones de urgencia o necesidad pueden justificar la producción de un decreto-ley en lugar de un reglamento sin seguir el procedimiento establecido. Según M. RODRÍGUEZ-PINERO (2002, pág. 30), las dificultades para tramitar con la celeridad requerida un

(12) El voto coincide con la mayoría en parte en la medida en que se admite que el Gobierno regule la totalidad de la materia en el Decreto-Ley. Pero mientras que para el Magistrado discrepante ésta es la única opción constitucional, la mayoría lo contempla sólo como una posibilidad.

reglamento motivaron parte de la regulación del polémico Real Decreto-Ley 5/2002 (13). P. SANTOLAYA (1988, pág. 116), en cambio, rechaza de modo radical que por decretos-leyes se regule materia no sujeta a la reserva de ley, ya que los reglamentos son normas tan ágiles como aquéllos. También en su día, con cita de PARADA, puso de manifiesto la merma de garantías que entraña el uso de este instrumento normativo.

En mi opinión, ha de buscarse en el procedimiento de elaboración de los reglamentos la razón legítima que en un momento dado puede impulsar al Gobierno a emanar un decreto-ley para regular materia no sujeta a reserva de ley. Esto es, ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad, y precisamente por la premura de tiempo, el Ejecutivo puede verse obligado a prescindir de los trámites del procedimiento de elaboración de los reglamentos (14) y optar, en consecuencia, por dictar la disposición con rango de ley, para lo cual no ha de seguirse ningún procedimiento preestablecido (15).

Resulta en consecuencia necesario examinar a continuación el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno (LG), que es el que en la actualidad regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales, con la finalidad de discernir si efectivamente está justificado que se pueda llegar a orillar sus trámites mediante el recurso al decreto-ley en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad.

II.3. *El procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales*

El procedimiento comienza con la elaboración de un proyecto al que se ha de acompañar un informe sobre la necesidad y oportunidad de la disposición, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que da lugar. A lo largo del mismo deben recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previos preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Si el reglamento va a afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se ha de dar audiencia, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la dis-

(13) Señala que el citado Decreto-Ley «refleja una paradoja, la falta de previsión en nuestro ordenamiento jurídico de medidas urgentes de carácter reglamentario, puesto que [lo que] el Gobierno ha podido hacer de forma inmediata y sorpresiva a través de un Real Decreto-Ley no lo hubiera podido hacer con esa mediatez mediante un simple Real Decreto».

(14) V.g., tras la declaración de invalidez del reglamento que hasta el momento venía regulando la materia, si esa declaración produce un vacío o la regulación anterior no satisface el interés público. Vid. respecto de las normas subsidiarias J. M. BAÑO (1990).

(15) I. DE OTTO (1988, pág. 202); SANTOLAYA (1988, pág. 73). No obstante, la STC 29/1982, de 31 de mayo, alude al expediente de elaboración del decreto-ley, a su expediente administrativo (FJ 4). También se han dictado algunos decretos-leyes tras el informe de determinados órganos (vid. los que enumera J. SALAS, 1991, pág. 271, nota 25).

posición. La Ley alude a un plazo razonable de audiencia, en todo caso no inferior a quince días hábiles. El trámite puede ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo puede omitirse si así lo exigen graves razones de interés público, que asimismo deben explicitarse. Se exceptúa, sin embargo, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado ya en el procedimiento por medio de informes o consultas. La LG, por otra parte, exceptúa el trámite cuando se trata de disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la misma Ley, así como de disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella. Cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje debe someterse a información pública, igualmente durante un plazo razonable, en todo caso no inferior a quince días hábiles. En todo caso, los proyectos tienen que ser informados por la Secretaría General Técnica. Se entiende que el plazo al efecto es de diez días, por aplicación del artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP). Los proyectos han de contar además con el dictamen del Consejo de Estado en los casos en que proceda; éste se ha de evacuar en el plazo de dos meses, si bien cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia, el plazo máximo será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior [art. 19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), y art. 128.1 y 2 del RD 1674/1980, de 18 de julio, que aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado]. Por último, y en lo que aquí nos interesa, señala la LG que es necesario el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria puede afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el plazo sería también de diez días por aplicación del artículo 83.3 LRJAP.

De esta regulación se deduce que el tiempo que de ordinario consume la elaboración de un reglamento estatal es de varios meses. Pero, como hemos visto, diferentes circunstancias justifican una reducción de plazos, cuando no una supresión de trámites. Por ello, resulta pertinente plantearse si ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad, que es el supuesto que aquí interesa, el Gobierno podría hacer un uso también eficaz de la potestad reglamentaria, sin necesidad por tanto de acudir al ejercicio de la potestad de emanar un decreto-ley.

Sólo resulta posible pronunciarse al respecto planteando la hipótesis extrema, esto es, que no esté previsto ningún informe, dictamen ni aprobación previos preceptivos, que no sea necesaria la audiencia al ciudadano o que, por las circunstancias concurrentes, sea factible omitirla (esto es, porque así lo exijan graves razones de interés público), que por aplicación de los criterios jurisprudenciales se pueda prescindir del informe de la Secretaría General Técnica (16), que no sea necesario el dictamen del Consejo de Estado ni, por último, el del Ministerio de Administraciones Públicas,

(16) Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2002, págs. 252 y ss.).

por no afectar la disposición a la distribución de competencias. En una hipótesis como la descrita, sí sería posible emanar un reglamento sin que el tiempo empleado para ello desvirtuara la eficacia de la norma, ya que de suyo no sería exigible la observancia de ningún trámite procedimental.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que lo que se ha contemplado ha sido un supuesto verdaderamente límite, pues en muchas ocasiones será exigible, cuanto menos, el informe de la Secretaría General Técnica y el dictamen del Consejo de Estado, bien que acortándose los plazos para su emanación. Por ello no podemos descartar que a veces la premura de tiempo sea tal que fuerce al Ejecutivo a emanar un decreto-ley, pues en otro caso las medidas reglamentarias llegarían tarde.

De todas formas, no podemos dar por concluido este análisis del procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales sin antes analizar una última hipótesis —ciertamente no muy ortodoxa— que hiciera simplemente innecesario el recurso al decreto-ley. Me refiero, lisa y llanamente, a la emanación de un reglamento prescindiendo de los trámites procedimentales. Veamos qué consecuencias se derivarían de ello.

En principio, habría que entender que son inválidos los reglamentos dictados con infracción de las normas legales que regulan el procedimiento de su elaboración (17). Esta tesis, sin embargo, no ha sido seguida de modo radical por nuestra jurisprudencia y así los tribunales han atribuido consecuencias distintas a las infracciones formales en función del tipo de trámite obviado.

Por ejemplo, se excusa la memoria económica cuando se trata de normas que carecen de impacto económico para el sector público (18). También se considera que la omisión de los estudios e informes previos produce la invalidez sólo cuando se revela como trascendente tras el examen teleológico de la disposición (19). La relevancia de la omisión del trámite de audiencia al interesado es debatida: para algunos autores y jurisprudencia, su omisión es un vicio invalidante del reglamento; para otra línea jurisprudencial y doctrina, su omisión sólo es relevante cuando se produce indefensión (20); incluso se ha apuntado que el reglamento sólo será inválido por esta razón cuando precisamente sea impugnado por tal motivo por un interesado (21). En cuanto al informe de la Secretaría General Técnica, su omisión lleva aparejada, como regla general, la invalidez del reglamento; no obstante, la jurisprudencia viene realizando una interpretación flexible en torno a cuándo se entiende satisfecho el trámite y en qué supuestos no es exigible (22). Por su parte, la ausencia del informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria

(17) Prescindo ahora de la discusión sobre el alcance de la invalidez, esto es, si se trata de vicios de nulidad o de anulabilidad.

(18) Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, pág. 255, nota 543).

(19) Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, pág. 255).

(20) Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, págs. 263 y ss., especialmente 273 y ss.).

(21) Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2002, págs. 264 y ss.).

(22) Vid. J. J. SEBASTIÁN (1998, págs. 353 y ss.); M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, págs. 257 y ss.).

puede afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas determina igualmente la invalidez del reglamento (23). En cuanto al dictamen del Consejo de Estado, su omisión en los casos en que es preceptivo (24) se considera hoy día un vicio invalidante (25).

En conclusión, pues, una disposición de carácter general dictada prescindiendo del procedimiento establecido habrá de reputarse inválida, pues a la postre los trámites del dictamen del Consejo de Estado y del Ministerio de Administraciones Públicas, en su caso, son siempre exigibles (26).

Ello lleva a considerar, a su vez, que no es admisible la tesis del rechazo al decreto-ley en materia no reservada a la ley, fundamentada en que el Ejecutivo antes puede prescindir de los trámites de elaboración de los reglamentos sin consecuencias invalidantes.

II.4. *Conclusión: la constitucionalidad de los decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley*

El decreto-ley es una figura que de suyo hay que situar en el contexto del poder legislativo, en el ámbito de las Cortes Generales y de las leyes. Es su relación con la ley a la que sustituye o respecto de la cual se muestra como una alternativa lo que primariamente evoca la figura. Hay que reconocer, en este sentido, que normalmente no es el reglamento la figura que asociamos al decreto-ley (27).

(23) Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, pág. 262).

(24) Los artículos 21 y 22 LOCE recogen los supuestos en que debe informar el Consejo, ya sea en pleno o bien su Comisión Permanente. En lo que aquí nos interesa, ha de dictaminar: los proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (art. 21.6); todo asunto en que, por precepto expreso de una ley, haya de consultarse al Consejo de Estado, ya sea en pleno o en comisión (arts. 21.10 y 22.18 y 19); las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales (art. 22.2); los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones (art. 22.3).

La Disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, explicita que el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica.

Se prescinde aquí de los casos en los que se cuestiona que deba dictaminar el Consejo de Estado (los reglamentos que ejecutan otro reglamento y sólo indirectamente una ley y los reglamentos independientes; ha de tenerse en cuenta también la ampliación del ámbito de los reglamentos ejecutivos). Vid. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, págs. 226 y ss.).

(25) STS de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo de 1989, Ponente Mendizábal Allende, AR. 3744 de 1992.

(26) Si no fueran exigibles nos encontraríamos en el supuesto límite que ya se ha contemplado antes.

(27) Así, en la STC 29/1982, de 31 de mayo, se caracteriza el decreto-ley como «una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes» (FJ 1). En la STC 111/1983, de 2 de diciembre, se señala que en el artículo 86.1 CE «se admite y regula la figura del Decreto-ley dentro del marco parlamentario y como instrumento equivalente en cuanto a su fuerza a la Ley, y utilizable cuando una necesidad calificada por las notas de lo

Pero, por otro lado y como acabamos de examinar, pueden plantearse situaciones de extraordinaria y urgente necesidad que reclamen una respuesta normativa que no haya de revestir el valor de una ley, para las que, en consecuencia, sería suficiente con la emanación de un reglamento. Sin embargo, la misma premura de la situación puede hacer ineficaz el ejercicio de la potestad reglamentaria, si la observancia del procedimiento establecido para la elaboración de los reglamentos demora en exceso la producción de la norma. Habida cuenta, por otra parte, que la omisión de los trámites procedimentales puede conllevar la invalidez del reglamento, no queda más opción que la de admitir el decreto-ley para supuestos como los descritos, máxime si se considera que el artículo 86 CE no contiene ningún límite al empleo de esta disposición relacionado con la reserva de ley (28) y que, hasta la fecha, tampoco el Tribunal Constitucional ha deducido condiciones de tal tipo para la emanación del decreto-ley (29).

A mi juicio, la utilización del decreto-ley en supuestos como los descritos no violenta el orden constitucional de los poderes, pues es el Gobierno el que ocupa un lugar central, como es ampliamente reconocido (30). Al

“extraordinario” y lo “urgente” reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero que precisamente por esa necesidad, y no poder ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales, se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad hasta tanto obtiene la convalidación y, en su caso, la conversión en Ley, que dicen sucesivamente los apartados 2 y 3 del indicado artículo 86» (FJ 4); en el FJ 5 se alude a la «existencia de una necesidad, que requiriendo de tratamiento a nivel de Ley, se presenta con las notas de lo extraordinario y urgente». La STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 4, expresa también que el Tribunal puede «declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución». La STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, explica que el decreto-ley «supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa». La previsión de la conversión en ley del decreto-ley abona también cuanto se dice.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el decreto-ley que regula materia no reservada a la ley es de suyo un sustituto también de la ley, pues es a esta clase de norma a la que corresponde en principio la elevación de rango. Esto es, el decreto-ley se dicta en defecto de reglamento pero produciendo un efecto característico que es propio de la ley.

(28) De suyo, al no tener el poder legislativo límites materiales, el órgano Gobierno-Legislador que emana el decreto-ley (I. DE OTTO, 1988, págs. 205 y 206), ante la ausencia de un límite expreso en tal sentido, no tiene el que derivaría de una suerte de reserva reglamentaria *ad hoc*.

(29) En la sentencia 6/1983 señaló también que «hay que concluir que la utilización Decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (vid. el FJ 5).

(30) P. SANTOLAYA (1988, págs. 16 y ss.) lo expresa con claridad. En su análisis del decreto-ley y partiendo de la legitimación democrática del Gobierno y de sus productos normativos, se refiere a la ley y al reglamento en los siguientes términos: «tanto la Ley como el Reglamento son socialmente considerados más que en su aspecto de fuentes normativas distintas, provenientes de sujetos diferentes uno de los cuales es el “legítimamente democrático” y el otro “menos” o sólo de “segundo grado”, como elementos de un programa que ha de ser desarrollado, y cuyo responsable último es el Presidente del Gobierno». Y añade que «Ley y Reglamento pasan a ser instrumentos complementarios en el desarrollo de la función normativa del Estado-aparato en su conjunto, en cuyos vértices, marcando el *indi-*

menos en el momento en que se dicta el decreto-ley, y si hacemos una foto fija, el Ejecutivo opta por dictar una norma con rango de ley en vez de esperar a la más larga tramitación parlamentaria. Y porque tiene a su disposición los dos instrumentos, elige precisamente la legislación de urgencia en vez del ejercicio de la potestad reglamentaria. Todo ello, como es natural, con la concurrencia del presupuesto habilitante, en el sentido en que viene interpretándose (31), y tratándose de materia no reservada a la ley. A mayor abundamiento incluso, la intervención a posteriori del Congreso otorgaría mayor legitimidad democrática, si cabe, al decreto-ley que al reglamento.

Es más, la propia admisión de decretos-leyes con contenido ejecutivo, como actos singulares (32), nos debe llevar a la conclusión de la admisibilidad de los decretos-leyes que regulan materias no reservadas a la ley (33). Otro argumento adicional se deriva de la admisión también de decretos-leyes que contienen habilitaciones al Ejecutivo para que ejerza su potestad reglamentaria (34): en el supuesto que nosotros estudiamos, la situación de extraordinaria y urgente necesidad reclama no ya la creación del marco normativo en el que se pueda ejercer de inmediato la potestad reglamentaria, sino la misma emanación de la norma sustantiva. A propósito de ello, bien puede decirse que la extraordinaria y urgente necesidad no entiende de rangos normativos.

No obstante, sí podría introducirse una matización o límite a la posibilidad ya admitida, que es la supeditación de la emanación del decreto-ley a la auténtica imposibilidad de ejercer válida y eficazmente la potestad reglamentaria.

En conclusión, observamos cómo el decreto-ley es una disposición que intenta dar respuesta a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, tanto en los supuestos en que se requiere una norma con rango de ley para regular la materia (35) como en aquellos casos en que, siendo suficiente un reglamento, el cumplimiento de las normas que regulan su procedimiento de elaboración impide la emanación en tiempo de la disposición. En el primer supuesto, y por expresa determinación constitucional, el Ejecutivo entra en el ámbito de lo que de suyo corresponde al Legislador; en el segundo caso, y por imprevisión del Legislador —que no ha contemplado reglas especiales que permitan hacer un uso eficaz de la potestad reglamentaria en situaciones de este tipo—, el Gobierno actúa de un modo reservado también a las Cortes en circunstancias ordinarias, elevando el rango de una materia: hace algo que en

rizzo político, se encuentra una determinada ideología organizada como partido político, o varias coaligadas, que han recibido el mayoritario respaldo popular».

(31) De ello me ocuparé más adelante.

(32) V.g., la STC 111/1983, de 2 de diciembre.

(33) Aquí cabría plantearse si el decreto-ley con contenido ejecutivo sustituye a una ley singular o a un acto administrativo. En cualquier caso, el supuesto es paralelo al que venimos tratando, pues en todo caso se trata de un decreto-ley que opera en un ámbito no reservado a la ley.

(34) Vid. las SSTC 29/1986, de 20 de febrero, y 11/2002, de 17 de enero.

(35) Obviamente, respetando los límites materiales que impone la CE.

principio sólo puede hacer el Legislador, que es la creación de una reserva formal de ley.

El resultado, el decreto-ley de que hablamos, puede ser incluso una norma más perfecta desde el punto de vista material o del contenido, con una regulación más acabada, en la que se conjuguen elementos reservados a la ley y materias no amparadas en la reserva. Una disposición, por tanto, que no encuentre los límites generales impuestos por la necesidad de interposición de una ley, aunque sí, claro está, los derivados de la ineludible congruencia con la situación de extraordinaria y urgente necesidad, que en todo caso opera como presupuesto habilitante, permitiendo la entrada del Ejecutivo en los ámbitos reservados a la ley y la emanación, por otra parte, de normas sin seguir el procedimiento de elaboración de los reglamentos (36).

III. LAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL USO DEL DECRETO-LEY PARA REGULAR MATERIAS NO RESERVADAS A LA LEY

Como hemos visto hasta el momento, el Gobierno puede elevar el rango de una materia, haciendo uso del decreto-ley, cuando ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad es preciso regularla y no cabe acudir, precisamente por la urgencia de la situación, al procedimiento de elaboración de los reglamentos.

Este modo de actuar del Ejecutivo tiene dos consecuencias claras: se prescinde, como vengo diciendo, del procedimiento de elaboración de los reglamentos y se blinda la nueva norma frente al enjuiciamiento contencioso.

La inobservancia de los trámites que componen el procedimiento de elaboración de los reglamentos es una secuela perjudicial, habida cuenta los fines a que sirven: por un lado, permitir que la Administración obtenga la información y los datos necesarios que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, como decía el Preámbulo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; de otro lado, posibilitar que los interesados y, en su caso, la generalidad de los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos e intereses (37).

La regulación de la materia en un decreto-ley trae consigo, por otra parte, su exclusión del ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la que cabe residenciar el enjuiciamiento de sólo dos clases de normas, los decretos-legislativos y los reglamentos, de modo que el destinatario del decreto-ley sólo puede impugnar los actos de aplicación del mismo y, en su caso, promover el planteamiento de una

(36) Cuestión distinta es la de las fronteras entre lo que es de extraordinaria y urgente necesidad y lo que no lo es. Su eventual apreciación no es tarea sencilla, si bien el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es, como respecto de la misma concurrencia del presupuesto habilitante, un control de extremos.

(37) Vid. M. FERNÁNDEZ (2002, págs. 261 y 262).

cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio también de la utilización del recurso de amparo frente a decretos-leyes autoaplicativos (38).

Los dos efectos que derivan de la regulación de la materia por decreto-ley son, pues, claramente negativos, lo que no obsta a que en ocasiones, como vengo exponiendo, pueda ser necesario acudir a esta figura en vez de al reglamento debido a la premura de tiempo.

Desde estas premisas hay que considerar una posible situación anómala, que es la utilización del decreto-ley con finalidades distintas, con otras pretensiones, haciendo, permítaseme la expresión, un uso perverso del mismo. Ello resulta posible merced a cómo se interpreta el presupuesto habilitante del decreto-ley y al tipo de control que ejerce el Tribunal Constitucional. Veámoslo a continuación.

IV. UN POSIBLE USO PERVERSO DEL DECRETO-LEY

IV.1. *El presupuesto habilitante del decreto-ley*

La CE exige, para que pueda hacerse uso del decreto-ley, la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. El Tribunal Constitucional ha venido interpretando esta cláusula en términos muy amplios (39).

Así, en el FJ 5 de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero, lo caracterizó 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». Ello se traduce en que «la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes». La utilización del decreto-ley, dice el Tribunal en la misma sentencia, «tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta».

En la sentencia 111/1983 insistió en que «la extraordinaria y urgente necesidad no ha de entenderse en el sentido extremo de confinar el Decre-

(38) Vid. ATC 291/1997, de 22 de julio.

(39) «Flexible» es el calificativo que utiliza el propio Tribunal en el FJ 7 de su sentencia 6/1983, de 4 de febrero.

to-ley para ordenar situaciones —intervenir en acontecimientos— de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional. Nuestra Constitución ... ha contemplado el Decreto-ley como instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes. 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 procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida» (FJ 6).

En la sentencia 60/1986 se explica también que «el supuesto de hecho que permite dicho uso no hace referencia a necesidades extremadas o absolutas de la vida colectiva, sino más bien a aquellas necesidades relativas que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental» (FJ 3).

En última instancia, es la referencia a la duración del procedimiento legislativo la que «cuantifica» el requisito temporal de la urgencia (40). Pero, sin embargo, cuando el decreto-ley se presenta como una alternativa al reglamento no resulta operativo el dato de la duración del procedimiento legislativo, sino, como resulta obvio, la del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. Por ello, cabe concluir ahora que el concepto extraordinaria y urgente necesidad es un concepto relativo, que adquiere distinto significado o, mejor dicho, se integra de diferente manera, en definitiva, según si el decreto-ley se presenta como una alternativa a la ley o al reglamento. De este modo, una situación se puede calificar como de *extraordinaria y urgente necesidad* porque la respuesta norma-

(40) En la STC 177/1990, de 15 de noviembre, se maneja este parámetro en la medida en que se justifica la adopción de medidas a través del Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización de industrias en general, «con antelación a la elaboración de la Ley 27/1984 por las Cortes Generales a través del procedimiento de urgencia» (FJ 3). También la STC 182/1997, de 28 de octubre, ha hecho uso efectivo de este criterio: «Por otra parte, no se aducen razones convincentes que permitan concluir que en este caso, a través de alguno de los procedimientos legislativos de urgencia que establecen los Reglamentos parlamentarios, se hubiera podido atender adecuadamente y en tiempo oportuno —esto es, dentro del propio período impositivo, que no demorase los efectos de la medida— la situación de necesidad financiera que dio lugar al Decreto-ley, dadas las fechas en que se adoptó. Debe advertirse, en primer lugar, que la decisión definitiva sobre la adopción del trámite de urgencia en el Congreso de los Diputados no corresponde al Gobierno, sino a la Mesa de la Cámara, que es, además, la que determina los plazos de las distintas fases de la tramitación (arts. 91, 93 y 94 del Reglamento del Congreso de los Diputados). En segundo lugar, todo apunta, más bien, a la conclusión contraria, pues incluso, considerando los plazos del procedimiento legislativo ordinario de urgencia se habría demorado, posiblemente, la adopción de la medida a los últimos meses del año, sin dar tiempo suficiente a los ciudadanos que habían ajustado su conducta económica a la legislación fiscal vigente (STC 150/1990, fundamento jurídico 8) para reaccionar frente a un cambio normativo imprevisto producido al final del período impositivo, acomodando su comportamiento económico al mayor coste del incremento de la tarifa de un impuesto personal y periódico como es el de la Renta de las Personas Físicas, cuya renta gravada se genera a lo largo de todo el período impositivo, aunque el devengo del impuesto se fije en el último día del año» (FJ 5).

tiva requerida sea una ley y, sin embargo, si lo que demanda es un reglamento, por no estar la materia sujeta a reserva de ley, no concurrir ya tales características (41).

IV.2. *Tipo de control que ejerce el Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional, en la temprana sentencia 29/1982, de 31 de mayo, estableció los parámetros de su enjuiciamiento sobre la concurrencia del presupuesto habilitante. Así, bien que para afirmar su conocimiento sobre el particular, se refirió al «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». A continuación añadió que el Tribunal «podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia» (FJ 3). En la sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, profundizó en estos extremos, señalando que «el Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan —por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control, del Congreso». Por lo que respecta a sus cometidos, indicó que «el Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático» (FJ 5). Posteriormente, en la sentencia 177/1990, de 15 de noviembre, dejó a salvo el posible control jurídico del decreto-ley «en caso de ausencia de toda justificación» (FJ 3). En la sentencia 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, matizó aún más que se trata de «un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (art. 86.2 CE)».

En definitiva, el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es un control mínimo, en el que además resulta invertida la carga de la prueba (42).

(41) Y a la inversa, según lo que se tarde en tramitar el procedimiento de elaboración del reglamento, a tenor de los trámites que sean exigibles.

(42) E. MALARET (1986, pág. 280), P. SANTOLAYA (1988, págs. 130 y 131) y A. CARMONA (1997, págs. 62 y ss.).

Con independencia del juicio que viene mereciendo el criterio del Tribunal Constitucional (43), interesa ahora traer a primer plano las consecuencias de este entendimiento del presupuesto habilitante. Algunos autores las han expresado con sumo acierto.

Así, según J. I. MORILLO-VELARDE (1989, pág. 831): «Ante las características de la moderna vida social, es difícil encontrar cuestiones sujetas a la acción cotidiana del gobierno en que no puede predicarse la extraordinaria y urgente necesidad en los términos en que la ha interpretado el Tribunal Constitucional.

... El Decreto-ley se configura en una técnica de gobierno más que excepciona el normal procedimiento de producción normativa. Debo matizar que no se trata de una modalidad alternativa de actuación, en ello podría verse con facilidad el uso abusivo o arbitrario —desplazar al legislativo—, sino que, dadas las urgencias normativas de la vida social, es un posible camino que se ofrece al Gobierno».

Para A. DE VEGA (1996, pág. 17), el Tribunal «ha tenido que limitarse a reconocer que, en la práctica, *cualquier necesidad* de una acción de gobierno podría justificar la utilización del decreto-ley». Añade que se «abre un amplio abanico de posibilidades a favor del Gobierno en su particular apreciación del presupuesto habilitante del decreto-ley. La propia implicación política de la cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” la convierte en un presupuesto difícilmente controlable desde el punto de vista jurisdiccional» (pág. 23).

Y, en opinión de A. CARMONA (1997, págs. 112 y 113), «ante este modo de interpretar *a la francesa* la necesidad, según la cual prácticamente cualquier necesidad de intervención normativa propuesta por el Ejecutivo podría justificar el recurso al decreto-ley, la única conclusión que puede extraerse es que, en la práctica, se ha generado una dinámica que hace *insustancial* la distinción entre *lo necesario*, desde un punto de vista objetivo y funcional, y *lo simplemente conveniente*, según una perspectiva subjetiva y contingente. Resulta, pues, clara la idea de que en la actualidad se ha afirmado una nueva funcionalización de los poderes normativos del Gobierno, ejercidos ahora en nombre de nuevos conceptos y justificaciones. Lo que cuenta, el elemento realmente importante es la eficiencia y la rapidez de la intervención estatal. En estas condiciones, no se trata de saber cuándo existe una situación de necesidad que legitima el recurso al decreto-ley sino más bien la con-

(43) Así, L. LAVILLA ALSINA (1989, págs. 620) ha criticado el que el Tribunal haya no ya flexibilizado, sino relativizado el rigor del decreto-ley. También SALAS (1991, págs. 275 y ss.) discrepa de la postura del Tribunal.

En cambio, J. I. MORILLO-VELARDE (1989, págs. 830 y 831), desde la consideración de la formulación del presupuesto habilitante como un concepto político indeterminado, juzga acertada la línea seguida por el Tribunal. E. MALARET (1986, pág. 279) no expresa abiertamente la opinión que le merece el proceder del Tribunal, aunque sí señala que la consideración del presupuesto habilitante como concepto jurídico indeterminado es una argumentación «elaborada al hilo de las relaciones entre Ley y Administración y, por tanto, difícilmente trasladable a las relaciones entre órganos constitucionales, que ejercen atribuciones conferidas por la propia Constitución».

traria, esto es, si existe alguna circunstancia en la que su utilización resulte ilícita» (44).

IV.3. *El uso perverso del decreto-ley*

Como estamos viendo, este entendimiento de la extraordinaria y urgente necesidad y el tipo de control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional pueden facilitar el uso del decreto-ley, en vez de acudir al reglamento, con otras motivaciones distintas, por razones diferentes de la premura de tiempo (45).

Así, el deseo de mantener en secreto la futura norma puede llevar al Gobierno a utilizar el decreto-ley en lugar del reglamento. Como en su momento apuntara M. REBOLLO (1988, págs. 149 y 150) en relación con la omisión del trámite de audiencia, cabe que la Administración desee no dar publicidad anticipada a la norma, acaso por evitar la previa crítica al proyecto y la conflictividad que la aprobación de la norma suscitaría, debilitando la resistencia de los sectores afectados mediante la presentación de la norma como un hecho consumado. Habida cuenta de la publicidad que supone la tramitación del procedimiento de elaboración de la disposición de carácter general (46), se acudiría a la emanación de un decreto-ley, norma ésta de la que en ocasiones no se tiene más noticia que su aparición en el «BOE».

También pudiera suceder que los dos efectos negativos que produce el decreto-ley supongan, precisamente, la motivación del Ejecutivo para decantarse por esta alternativa, esto es, que se quisiera prescindir del dictamen del Consejo de Estado, por ejemplo, o evitar la impugnación de la disposición en sede contenciosa (47).

Nada de esto sucedería si en nuestro Ordenamiento estuvieran específicamente regulados los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en orden al ejercicio de la potestad reglamentaria. De ello nos ocuparemos a continuación.

(44) Las cursivas son de la autora. Advierte, no obstante, que el límite se encuentra en la imposibilidad de acudir al procedimiento legislativo ordinario.

(45) En términos generales, las dos circunstancias vienen facilitando ampliamente el uso del decreto-ley. Así lo ha destacado J. A. SANTAMARÍA (1988, págs. 634 y 635). También T. R. FERNÁNDEZ (1992, págs. 33-44) ha señalado que «hay realmente muy pocos casos en que esa rapidez de respuesta que se invoca se cuente por días; si esto es así, no tendrían razón de ser muchos de los Decretos-Leyes que se han ido incorporando a nuestro Ordenamiento, que se cuentan por decenas».

(46) Aunque en ocasiones se matiza por expresa previsión del Ordenamiento, vid. M. FERNÁNDEZ (2002, pág. 290), que cita el Reglamento Orgánico del Banco de España, el cual prevé la posibilidad de mantener, respecto de las Circulares, «la necesaria reserva que impida que una publicidad adelantada frustre su finalidad».

(47) Aun en la hipótesis de que el decreto-ley se residenciase ante el Tribunal Constitucional a través de las vías oportunas, se habría reducido el parámetro de enjuiciamiento (el bloque de la constitucionalidad, no la legalidad; en su caso, la sola lesión de derechos fundamentales), amén de que el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional es de distinta naturaleza que el que corresponde a la jurisdicción contenciosa.

V. LA NECESIDAD DE PREVISIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA EXTRAORDINARIA
Y URGENTE NECESIDAD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO
DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En las páginas anteriores ha quedado expuesto cómo el recurso al decreto-ley para regular materias no reservadas a la ley tiene como consecuencia la omisión del procedimiento de elaboración de los reglamentos y la exclusión del control de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Se trata —con independencia ahora de si se hace un uso correcto del decreto-ley o, por el contrario, se utiliza con perversión— de dos efectos negativos que, en buena medida además, podrían evitarse (el segundo) o corregirse en parte al menos (el primero) con previsiones específicas que atiendan a la necesidad de emanar un reglamento en un espacio de tiempo sumamente breve.

Los llamados reglamentos de necesidad no suponen, a mi juicio, una solución adecuada. Estos reglamentos son los que, por previsión expresa de una ley, hacen frente con carácter temporal a situaciones excepcionales, pudiendo suspender la vigencia de normas con rango de ley; en lo que aquí más nos interesa, se dictan sin seguir el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general (48). Sin embargo, de lo que se trata es de reglamentos que deben regular materia que les resulta accesible, no materia reservada a la ley, bien que con arreglo a un procedimiento especial que tenga en cuenta la premura de tiempo. Por otra parte, se trata de dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, parafraseando ahora al Tribunal Constitucional, no de atender a situaciones graves y anómalas, como presupone el reglamento de necesidad.

Tampoco resulta satisfactorio el recurso a la subsanación del reglamento ilegal. La hipótesis sería la de un reglamento dictado sin seguir el procedimiento establecido debido a la premura de tiempo, que en un momento posterior resulta subsanado por otro reglamento. Este último, sin embargo, encontraría los límites derivados de la necesidad de otorgarle efectos retroactivos (49); a ello se unirían posibles dificultades dimanadas de la eventual impugnación del primer reglamento (50). La solución, por otra parte, no pasaría de ser un remedio de *lege data*, poco satisfactorio, en mi

(48) Como señala J. R. PARADA (2002, pág. 65), se trata de «normas que dicta la Administración para hacer frente a situaciones extraordinarias. La justificación tradicional de esta clase de reglamentos se ha visto en la concurrencia de situaciones de excepcional gravedad ante las cuales las autoridades administrativas podrán dictar normas adecuadas para afrontarlas, al margen de los procedimientos comunes y de las limitaciones propias de la potestad reglamentaria».

(49) Me refiero a la imposibilidad de otorgarle efectos retroactivos al segundo reglamento cuando el primero es nulo y, en términos más amplios, a los límites de la retroactividad derivados del contenido de aquel primer reglamento. Vid. G. DOMÉNECH (2002, págs. 403 y ss. y 413 y ss.). En la pág. 419 explica que es discutible que el vicio consistente en haberse emanado la disposición prescindiendo totalmente del procedimiento salte a la vista, por lo que en principio un reglamento de estas características no podría ser subsanado con efectos retroactivos.

(50) Vid. G. DOMÉNECH (2002, págs. 406 y ss.).

opinión, en la medida en que parte de la base de la ilegalidad del primer reglamento.

La convalidación legislativa del reglamento dictado prescindiendo del procedimiento (51) no supone tampoco una técnica idónea, ya que de nuevo presupone la ilegalidad del reglamento, implica la necesidad de otorgar efectos retroactivos —con las consiguientes limitaciones—, amén de exigir esa ulterior intervención del Parlamento. En suma, otro remedio de *lege data*.

En mi opinión, lo deseable sería que el Ordenamiento reconociese expresamente la existencia de situaciones de extraordinaria y urgente necesidad que reclaman una respuesta reglamentaria, con una premura de tiempo tal que resultaría ineficaz acudir al procedimiento de elaboración de los reglamentos, de modo que quedase habilitado el Ejecutivo para emanar la norma sin observar los trámites ordinarios. El reglamento así dictado surtiría efectos desde su publicación, si bien estaría necesitado de algún tipo de control a posteriori; por ejemplo, un informe del Consejo de Estado en el que se pronunciase con carácter vinculante sobre los aspectos de legalidad —entre ellos, la existencia del presupuesto habilitante y la congruencia entre la regulación establecida y la situación a la que se trata de hacer frente— y con carácter no vinculante sobre los demás extremos (52). Podría plantearse, de modo alternativo, la vigencia temporal del reglamento y la obligación del Gobierno de iniciar de modo inmediato el procedimiento para dictar un nuevo reglamento, con observancia, ahora sí, de los trámites que regula el artículo 24 de la LG (53); esta solución evitaría, además, plantearse la posibilidad de revisar el reglamento por la desaparición de su presupuesto habilitante, de modo análogo a como se ha suscitado la posible inconstitucionalidad sobrevenida del decreto-ley (54).

El presupuesto habilitante —la situación de extraordinaria y urgente necesidad— operaría de modo semejante a como sucede en el caso del decreto-ley, tomándose como parámetro decisivo la imposibilidad de ejercer eficazmente la potestad reglamentaria en el tiempo que ordinariamente consume la elaboración de una disposición de carácter general (55). Este

(51) Vid. A. DÍAZ-ROMERAL (1999); G. DOMÉNECH (2002, págs. 432 y ss.).

(52) Interesa destacar que el artículo 17.6 de la Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, del Consejo de Estado, había previsto que la Comisión Permanente fuera oída respecto de «reglamentos generales que se hayan de dictar para la ejecución de las Leyes, aunque por razón de la urgencia se hubieran puesto en vigor con carácter provisional» (la cursiva es obviamente mía).

(53) Vid. una propuesta semejante, respecto de los reglamentos que omiten el trámite de audiencia al interesado, en J. J. LAVILLA (1998, pág. 20).

(54) En contra de la inconstitucionalidad sobrevenida del decreto-ley, vid. I. ASTARLOA (1998, págs. 231 y 232), J. I. MORILLO-VELARDE (1989, págs. 832 y 833) y A. CARMONA (1997, pág. 125). A. DE VEGA (1996, págs. 27 y 28) ve inconvenientes en ello por la dificultad del control y por la posible creación de lagunas.

(55) Un supuesto especial sería el señalamiento de un plazo en la ley para la emanación del reglamento, con ulterior incumplimiento del mismo. ¿Estaría justificada en este caso la utilización de esta figura especial? En mi opinión, y desde la premisa de que la circunstancia de sobrepasar el plazo no determina la declaración de invalidez de la norma (vid. con distintos argumentos M. CALVO, 1995, págs. 258 y ss., y G. DOMÉNECH, 2002, págs. 267 y ss.), no sería en principio posible. Ello puede tener consecuencias diversas —por

reglamento no tendría límites materiales específicos, pues de suyo operarían los criterios de validez generales, entre ellos y muy especialmente los derivados de su sujeción a la ley. Habría de respetar la relación de congruencia que se exige al decreto-ley entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas efectivamente adoptadas; en este sentido, el reglamento se limitaría a regular lo necesario para hacer frente a la situación planteada, respetando la debida conexión de sentido o relación de adecuación (56).

En conclusión, sería deseable la existencia en nuestro Ordenamiento de previsiones especiales que permitieran al Ejecutivo dar respuesta normativa a situaciones de urgencia sin tener que acudir al decreto-ley. Éste es, ciertamente, manifestación de una potestad normativa ordinaria —por referencia a la emanación de leyes— en manos del Gobierno (57). Y de lo que se trata es, precisamente, de que se mantenga en tales términos, evitándose el peligro de un uso distorsionado y, ahora sí, extraordinario, por insuficiencia del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

Finalmente, nada se opondría, en mi opinión, a que las Comunidades Autónomas introdujeran previsiones análogas en sus Ordenamientos, máxime teniendo en cuenta que ellas, ni aun por la vía del decreto-ley, pueden hacer frente en la actualidad a las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio (1998): «Artículo 86. Decretos-Leyes», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VII, Madrid.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (1996): *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Madrid.

BAÑO LEÓN, José María (1990): *El procedimiento de urgencia para la aprobación de las normas subsidiarias y su control por los Tribunales*, «Poder Judicial», 20, págs. 15-21.

CALVO CHARRO, María (1995): *Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa*, núm. 137 de esta REVISTA, págs. 239-272.

ejemplo, dar origen, si se cumplen los requisitos al efecto, a la responsabilidad administrativa—, pero no justifica producir la disposición prescindiendo del procedimiento ordinario establecido, al menos como regla general. En cualquier caso, habría de estarse a las circunstancias concretas del caso, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren. Interesa sólo, en otras palabras, si la situación era objetivamente merecedora de un tratamiento normativo por la vía de la legislación de urgencia, con independencia de las causas que hubieran podido ocasionarla» (STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6).

(56) No cabe desconocer, en cualquier caso, la dificultad que presenta el control de estos extremos, que es del mismo tipo que el ejercido respecto del presupuesto habilitante, como recoge el FJ 7 de la STC 111/1983: «La idea de adecuación o congruencia entre la situación que reclama una acción de Gobierno y el contenido de esta acción no puede traerse aquí más allá de los términos en que hemos dicho es susceptible de control constitucional el presupuesto habilitante del Decreto-ley».

(57) J. I. MORILLO-VELARDE (1989, pág. 822).

- CARMONA CONTRERAS, Ana (1997): *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid.
- CARMONA CONTRERAS, Ana, y CALVO GALLEGU, Francisco Javier (2003): *Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002*, «Relaciones Laborales», 4, págs. 211-236.
- DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Alberto (1999): *Las validaciones legislativas en Derecho Francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia*, núm. 149 de esta REVISTA, págs. 457-485.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2002): *La invalidez de los Reglamentos*, Valencia.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2002): *Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno*, «Revista Vasca de Administración Pública», 34 (II), págs. 33-44.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (2002): *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona.
- LAVILLA ALSINA, Landelino (1989): «Sobre los Decretos-Leyes», en *Libro homenaje al profesor José Luis VILLAR PALASÍ*, Madrid, págs. 609 a 640.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José (1998): *El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno*, «Justicia Administrativa», 1, págs. 5-22.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (1989): «El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en *Libro homenaje al profesor José Luis VILLAR PALASÍ*, Madrid, págs. 819-870.
- OTTO, Ignacio de (1988): *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª edición, Barcelona.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1983): *Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso RUMASA)*, núms. 100-102 de esta REVISTA, págs. 1139-1168.
- (2002): *Derecho Administrativo I*, 13.ª edición, Madrid.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1988): *La participación de las Entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de Disposiciones administrativas generales*, núm. 115 de esta REVISTA, págs. 99-166.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel (2002): *Los elementos asistenciales en la protección por desempleo*, «Relaciones Laborales», 14, págs. 19-35.
- SALAS, Javier (1979): *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid.
- (1991): «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Madrid, págs. 267 a 326.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (1988): *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid.
- SEBASTIÁN LORENTE, Jesús J. (1998): *La información intraministerial de los proyectos normativos. El informe de la Secretaría General Técnica*, «Actualidad Administrativa», 16, págs. 339-368.
- VEGA GARCÍA, Agustín S. de (1996): *¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos-leyes?*, Madrid.