

EL USO DEL DECRETO-LEY POR PARTE DEL GOBIERNO ESPAÑOL: ¿SE HA ROTO EL EQUILIBRIO ENTRE LEGISLATIVO Y EJECUTIVO?*

di Nicolás Pérez Sola

**

Sommario. 1. Introducción. – 2. El presupuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad. – 3. Materias excluidas del Decreto-ley – 4. Decreto-ley *ómnibus*. – 5. Decretos-leyes autonómicos. – 6. Estado de la cuestión.

1

1. Introducción.

El período transcurrido desde diciembre de 2015 hasta las recientes elecciones generales, autonómicas, locales y europeas en España que han tenido lugar los días 28 de abril y 26 de mayo, han mostrado la evolución hacia un sistema de partidos diferenciado del tradicional bipartidismo que, con alternancia de períodos con mayoría absoluta y apoyo de gobernabilidad de las formaciones nacionalistas se había llevado a cabo desde el inicio de la democracia hasta la citada fecha. Sin embargo esta circunstancia particular no influye en el funcionamiento del sistema político en la medida en la que la labor del Parlamento presenta un nivel de protagonismo escaso frente al liderazgo del Gobierno y el funcionamiento de los partidos en sede parlamentaria con extrema rigidez y disciplina que repercute negativamente en la función de control parlamentario.

Por eso resulta de interés analizar el uso de los Decretos-leyes en los distintos contextos políticos para apreciar, en su caso, la concurrencia de coincidencias, similitudes o divergencias en su uso según las diversas legislaturas y mayorías parlamentarias y su repercusión en el uso del Decreto-ley en ejercicio de su potestad normativa¹ por el

* *Sottoposto a referaggio.*

** Catedrático de Derecho constitucional – Universidad de Jaén.

¹ J.A. Santamaira Pastor, *Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175/2016, p.31.

Gobierno y la función de control llevado a cabo por el Parlamento sobre aquél a través de la convalidación o derogación de estos instrumentos normativos.

Sin duda el período temporal más reciente, esto es, lo sucedido en los nueve meses de Gobierno del Presidente Pedro Sánchez se ha saldado con la aprobación quizá excesiva de Decretos-leyes y la ausencia de la tramitación ordinaria de iniciativas legislativas en las Cortes Generales². En concreto la aprobación en 2018 de veinticuatro Decretos-leyes y de nueve más en tres meses de 2019 ha sido objeto de crítica desde los distintos partidos políticos. Incluso se ha planteado la convalidación y tramitación posterior como ley por el procedimiento de urgencia a través de la Diputación Permanente de alguno de dichos Decretos-leyes; como más tarde se analizará, esta posibilidad de extender a la Diputación Permanente dicha competencia una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones Generales, ha generado cierta polémica.

Por tanto, la actualidad del uso del Decreto-ley permite una aproximación sucinta a este instrumento normativo extraordinario, al objeto de poder analizar si en el período más inmediato se ha podido incurrir en un claro abuso del mismo por el Ejecutivo o si, por el contrario, es una muestra más del uso que desde la entrada en vigor de la Constitución han realizado todos los Gobiernos hasta el presente. Se podría pensar que ante una situación excepcional como la de disponer de una minoría exigua de apoyo a la moción de censura, que posibilitó la derrota parlamentaria del anterior Presidente del Gobierno Mariano Rajoy, la opción legislativa emprendida por el nuevo Presidente Pedro Sánchez ha sido intencionada o, por el contrario, no tenía mucho margen de actuación, ya que el apoyo que posibilitó la moción de censura y en cierta medida sustentó la convalidación de los Decretos-leyes aprobados en este período de nueve meses, pronto se ha debilitado. Ocurre además que la situación de las mayorías en la Cámara, y especialmente la actitud de la mayoría de la Mesa del Congreso posibilitó desde 2016 el bloqueo de la tramitación parlamentaria de las iniciativas legislativas presentadas en el registro de la Cámara por los distintos grupos parlamentarios, razón por la que se ha debido de actuar a través de este instrumento normativo por parte del Gobierno. Basta con acudir a los Diarios de Sesiones del Congreso para constatar como hasta en sesenta ocasiones se han prorrogado los plazos

² R. Blanco Valdés, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109.

de presentación de enmiendas a iniciativas legislativas, lo que constituye sin duda una práctica torticera por la mayoría de la Mesa del Congreso.

Aunque habrá ocasión de analizar más adelante este uso de la acción normativa de urgencia del Gobierno, el número de Decretos-leyes aprobados en este breve período de tiempo no responde sólo a la situación puntual marcada por los apoyos parlamentarios del Gobierno. Al contrario, se inserta dentro de una práctica del uso del Decreto-Ley que desde los inicios de la democracia se ha implantado en el modo y manera de actuar de los distintos ejecutivos que se han sucedido a lo largo de las legislaturas. Adelantamos ya que se puede constatar que ni ha disminuido la utilización del Decreto-ley en períodos de mayorías absolutas ni se ha incrementado en exceso en Gobiernos en minoría.

Como es notorio en la actualidad el monopolio legislativo del Parlamento resulta un anacronismo histórico. Es verdad que los antecedentes de esta actuación normativa de urgencia de procedencia gubernamental en la historia constitucional española³ no han sido valorados de forma muy positiva, pero el constituyente no dudó en su incorporación al texto constitucional de 1978. No cabe pues hacer ningún reproche a la inserción en la Constitución española de este instrumento normativo avalado también por el derecho comparado como sucede con el art. 38 de la Constitución francesa⁴, el art. 81 de la Ley Fundamental de Bonn⁵ y especialmente con el art. 77 de la Constitución italiana al prever este instrumento normativo de procedencia gubernamental⁶, aunque el tratamiento constitucional del Decreto-ley presenta similitudes con la regulación en la Constitución italiana también existen algunas notas diferenciadoras. No ha existido duda en la doctrina respecto de la compatibilidad del Decreto-ley con el sistema de parlamentarismo racionalizado, plenamente aceptado como ya se ha apuntado en el constitucionalismo histórico y comparado. Por tanto reviste interés conocer los términos de su formulación constitucional y las dificultades que en su caso, pueda presentar el correcto entendimiento

³ «a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno, y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación Permanente, podrá estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República» (art. 80 Constitución española de 1931).

⁴ «El Gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley».

⁵ «podrá el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno Federal y con asentimiento del Consejo Federal, declarar el estado de necesidad legislativa para una propuesta de ley si la Dieta Federal la rechaza a pesar de que el Gobierno Federal la hubiere calificado de urgente».

⁶ Para un estudio comparativo de este instrumento en ambas Constituciones, P. Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid 1998.

de aquel precepto. A nuestro juicio, una primera aproximación a la regulación constitucional del Decreto-ley exige determinar el alcance de la habilitación al Gobierno, la exclusión de materias de su regulación, el procedimiento de control parlamentario y jurisdiccional del mismo, a los que le dedicaremos las siguientes páginas.

Es verdad que desde el punto de vista formal la Constitución española de 1978 (en adelante CE) ha reservado dicha tarea legislativa a las Cámaras, si bien ha admitido dos excepciones: el Decreto-ley y el Decreto legislativo. Ambos constituyen instrumentos normativos en los que la secuencia temporal difiere, en el segundo, una suerte de delegación por su previsión constitucional⁷ o de forma expresa, en el primero, en favor del Gobierno y con sujeción a un control del Parlamento, propiamente del Congreso de los Diputados. Es cierto que operan en momentos diferentes pero posibilita el desarrollo de la tarea legislativa por el Gobierno frente a la regla general del Parlamento como legislador en los sistemas parlamentarios. Comparten ambos instrumentos normativos la fuerza de ley característica de las leyes ordinarias en el ordenamiento jurídico. Además, el carácter temporal del Decreto-ley hace que sus efectos iniciales queden limitados hasta el momento de la convalidación o revocación del Congreso de los Diputados.

En cuanto a la convalidación por la Cámara baja, puesto que pese a la composición bicameral de las Cortes Generales no cabe intervención del Senado en este procedimiento, la regulación es escueta pero de una claridad meridiana, tendrá lugar antes de transcurridos treinta días de su aprobación, por lo que en ningún caso cabe un retraso en la realización de dicho acto a riesgo de incumplir esta exigencia constitucional. La convalidación o derogación se acordará tras la comparecencia de un miembro del Gobierno que exponga las razones de dicha promulgación tras la que se procederá a un breve debate y posterior votación. Es importante reseñar la brevedad de los términos en los que está planteada esta figura de control parlamentario ya que la comparecencia gubernamental no podrá exceder de quince minutos y las intervenciones de los grupos parlamentarios de diez. Aunque la doctrina ha debatido sobre la naturaleza de este acto es claro que si bien es un acto de control parlamentario tiene incidencia legislativa, en la medida en que la norma provisional, en el caso de ser convalidada, adquiere la permanencia en el ordenamiento jurídico. A partir de aquí queda abierta la opción de que por parte del Parlamento se debata

⁷ «Las disposiciones del gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos» (art. 85. CE).

y apruebe una ley por el procedimiento de urgencia en la que “las Cortes despliegan la plenitud de sus facultades legislativas” en el marco constitucional (STC111/1983). Sin embargo, de no prosperar la convalidación su derogación es evidente que conlleva la desaparición del ordenamiento jurídico. En todo caso la opción de la posterior tramitación del Decreto-ley como ley ordinaria permite por el procedimiento de urgencia⁸ que “el resultado final del procedimiento legislativo será una ley formal del Parlamento que sustituye en el ordenamiento jurídico tras su publicación al Decreto-ley” (STC 29/1982). Es significativo a este respecto el escaso número de Decretos-leyes que han sido objeto después de su convalidación de la tramitación por el procedimiento legislativo de urgencia, no obstante si es relevante señalar que pese a ello el Tribunal Constitucional ha mantenido el enjuiciamiento sobre los mismos una vez impugnados pese a que hubiesen sido derogados por la posterior ley.

En cuanto a la oportunidad del enjuiciamiento externo por el Tribunal de Decretos-leyes luego convalidados, objeto de tramitación y aprobación por ley parlamentaria, se ha mantenido por aquél la oportunidad de dicho juicio tras la correspondiente impugnación, pese a la derogación de esta norma provisional por otra de naturaleza definitiva. Hecho este que aun cuando fue puesto en conocimiento del Alto Tribunal “no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno (...) se realizó siguiendo los requisitos establecidos en el art. 86 CE, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo”⁹.

Los elementos que conforman jurídicamente al Decreto-ley son, de un lado, la habilitación constitucional en favor del Gobierno para su adopción y el alcance y límites de dicha habilitación. En efecto, el constituyente dotó de una determinada rigidez a materias que sólo por mayoría absoluta del Congreso pueden ser aprobadas, modificadas o suprimidas

⁸ «convalidado un Real Decreto-ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a la decisión de la cámara. Si ésta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia» (art. 151.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

⁹ Este es el caso resuelto en la STC 27/2015 respecto del Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante un Decreto-ley que tras su convalidación fue acordada su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art 86.3CE) culminando con la aprobación de la Ley 1/2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, de 28 de febrero. En el mismo sentido el Tribunal ha indicado que la ulterior tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia «no implica, no obstante, la desaparición del objeto del presente proceso constitucional» (STC 199/2015).

y, por tanto, quedan excluidas del posible objeto del Decreto-ley. El otro elemento relevante para la habilitación es el de la presencia de una circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad para su adopción.

Acaso ya no sea relevante reproducir aquí el debate doctrinal habido en torno al tratamiento constitucional del Decreto-ley, si bien se ha de recordar que la intencionalidad del constituyente fue la de restringir el uso de este instrumento normativo y, por tanto, regularlo de modo restrictivo al objeto de poner freno al uso excesivo del mismo en el pasado y contribuir a un mayor campo de actuación del Parlamento en el procedimiento legislativo, aunque no ha sido sin duda este el devenir de su uso por los sucesivos gobiernos llegándose a calificar la utilización del mismo por los diversos ejecutivos como “sustitutiva” a la ley¹⁰. Nos encontramos pues ante una norma con fuerza de ley de extracción gubernamental y de carácter provisional que sólo es susceptible de control a posteriori por el Congreso de los Diputados en una votación sin opciones intermedias entre convalidación o derogación¹¹. Pues bien, este instrumento normativo está plenamente asentado en nuestro sistema de fuentes, en el proceder y actuar del Gobierno de la nación y en la relación entre Gobierno y Parlamento como acredita un elevado número de convalidaciones posteriores de la mayoría de ellos. Por eso no cabe destacar el uso del Decreto-Ley en el período más reciente frente a otras épocas y legislaturas, es un síntoma más de la normalización con la que esta norma convive en nuestro ordenamiento jurídico así como de los términos en que se desarrollan las relaciones entre Gobierno y Parlamento con el riesgo de desdibujar la división de poderes constitucionalmente establecida.

Interesará analizar, en primer lugar, si el precepto constitucional establece con claridad los supuestos habilitantes, los límites del mismo así como los controles parlamentarios y jurisdiccionales previstos. En segundo lugar, será necesario abordar la interpretación que de este instrumento ha realizado el Tribunal Constitucional y, si en su caso, se ha producido una evolución jurisprudencial de relevancia para este análisis. Por último, la reciente incorporación de los Decretos-leyes al sistema de fuentes autonómico nos suscita el interés por la necesidad del mismo en este ámbito, la oportunidad en términos políticos y, en su

¹⁰ E. Arancia García, *Uso y abuso del Decreto-ley*, en *Revista de Administración Pública*, n. 191/2013, p. 337.

¹¹ J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 2016, p. 642.

caso, la homogeneidad o diversidad de tratamiento de esta norma en las distintas regulaciones estatutarias.

2. El presupuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad.

Por lo que respecta a la habilitación al Gobierno para adoptar esta norma, no se plantean problemas conceptuales más allá del entendimiento del alcance que tiene la habilitación constitucional, por lo que se suscitan diversas incógnitas al respecto. La lectura literal del art. 86.1 CE, en relación con el concreto entendimiento de las condiciones de extraordinaria y urgente necesidad¹², pese a los intentos teóricos de concretar su alcance¹³, no aporta mayores datos para su comprensión, por lo que tan solo con el análisis de la praxis de los mismos y la resolución del supremo intérprete de la Constitución podremos conocer. Esto es, se trata de un instrumento normativo de libre disponibilidad por el Gobierno? o, será preciso ajustar la decisión gubernamental justificante del mismo a condiciones objetivas? A partir de aquí hemos de interrogarnos sobre si está siempre suficientemente justificado acudir al Decreto-ley? Aunque formulada en sentido contrario esta cuestión, cabría preguntarse sobre si hubiera sido posible conseguir el mismo objetivo también a través de otro instrumento normativo previsto en el ordenamiento jurídico?

La respuesta la hemos de obtener esencialmente de la justificación que el Gobierno realice de su uso, ya en la exposición de motivos como en la defensa del mismo en sede parlamentaria previa a la convalidación o derogación de aquél por algún miembro del Gobierno. En un momento ulterior habrá que acudir a la jurisprudencia constitucional para obtener conclusiones al respecto. Ahora bien es necesario recordar que a diferencia de la habilitación gubernamental ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el constituyente ya contempló los estados excepcionales en el artículo 116 CE, con una

¹² «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general» (art. 86.1 CE).

¹³ «La indeterminación en la formulación de la cláusula habilitante que abre la puerta al uso del decreto-ley confiere al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de su concurrencia». A. Carmona Contreras, *Artículo 86*, en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Libro homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo blanch, p.1285.

gradación de los mismos: alarma, excepción y sitio que en ningún caso admiten confusión¹⁴ con los presupuestos habilitantes para acudir al Decreto-ley.

Desde la perspectiva estrictamente jurídica cabe apreciar una temprana interpretación extensiva por parte del Tribunal Constitucional del presupuesto habilitante para su adopción. Corresponde al Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución determinar la observancia del art. 86.1 CE por el Gobierno y por ello un breve recorrido por la jurisprudencia constitucional ayudará a formarnos una idea del objeto y alcance del control sobre este instrumento normativo realizado por nuestro alto Tribunal.

Por tanto hemos de diferenciar entre el control político del Decreto-ley que compete al Congreso de los Diputados y el juicio externo que llevará a cabo el alto Tribunal. En este sentido ya en el momento inicial de la jurisprudencia constitucional sobre los Decretos-leyes se afirmó que “se configura, no obstante, como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes”, por tanto excepción con referencia a lo normal, habitual, esto es la producción de normas en sede parlamentaria a través de los procedimientos legislativos correspondientes¹⁵. Se señalaba que correspondía al TC llevar a cabo el control y por ello “resuelve en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos por 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).

Sin embargo la doctrina del Tribunal Constitucional no ha acogido con nitidez esta consideración y ya desde la segunda sentencia relativa a esta acción normativa de urgencia se afirmó, que es posible hacer uso de la misma para dar respuesta¹⁶ a las perspectivas cambiantes de la vida actual, sin mayor precisión sobre si hubiese bastado el uso del procedimiento legislativo ordinario para obtener dicha respuesta. Se desprende de este pronunciamiento que la exigencia de justificación al Gobierno para su adopción no puede ser una necesidad absoluta, cuanto de “una necesidad relativa respecto de la situación

¹⁴ «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes».

¹⁵ Insiste en esta consideración de la excepcionalidad M. Aragòn Reyes, quien afirma que “la excepcionalidad de esta norma de donde deriva verdaderamente es de su modo de emanación, en cuanto que constituye una excepción al modo normal de producción de leyes, que no es otro que el legislativo parlamentario”, p. 57.

¹⁶ STC 6/1983.

concreta de los objetivos del Gobierno, que, por razones difíciles de predecir, requieren una acción normativa inmediata, en el tiempo más breve del previsto en el normal iter legislativo, por motivo de la urgencia de la situación”. Para señalar a continuación nuestro alto Tribunal que “es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado (...) con un razonable margen de discrecionalidad en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley” (STC 6/1983) flexibilizando por tanto el rigor inicial respecto del control externo por el TC respecto de la urgencia y necesidad

Por tanto el Tribunal aprecia el “peso que (...) es forzoso conceder al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado”, por lo que restringe su enjuiciamiento a los “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1982) y que le llevará a “rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada (...) por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución” (STC 11/2002)¹⁷. Es necesario reconocer que no ha sido este el parecer unánime de los miembros del Tribunal y, en ocasiones, a través de los votos particulares formulados a sentencias que resolvían la impugnación de un Decreto-ley han hecho valer un entendimiento diferenciado de esta norma, como habrá ocasión de señalar más adelante, de tal modo que “únicamente es admisible la adopción de un Decreto-ley si es inaplazable regular una materia reservada a la ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una ley formal por las Cortes Generales” (STC 332/2005, voto particular magistrada María Emilia Casas Baamonde).

En cuanto a la exigencia de rigor en la habilitación del Decreto-ley se ha señalado que “no debe consistir en una apelación genérica vacía de contenido, sino concretarse en una definición explícita y razonada de la situación de <<extraordinaria y urgente necesidad>>” (STC 142/2014). Por lo que cabe afirmar la necesidad de una motivación expresa, es decir, “concreta (no abstracta o retórica) y que resulte “comprensiva de todas las circunstancias que concurren” para que se haya acudido a este instrumento normativo y no a otras opciones previstas en el sistema de fuentes. Pero igual sucede cuando se trata del uso del

¹⁷ Es ante esta cuestión que Aragón señala “el Gobierno está amparado por la discrecionalidad de tal manera que la limitación de su facultad lo es de manera negativa: no se trata de que haya de probar, positivamente, que se da el presupuesto de hecho habilitante, sino de controlar que la justificación que ha dado no sea arbitraria. Es decir, no es el Gobierno el que ha de justificar plenamente la no arbitrariedad, sino el Tribunal, al controlar el decreto-ley, el que ha de comprobarlo”, M. Aragón Reyes, p. 77.

Decreto-ley en vez de haber acudido a la tramitación parlamentaria de una ley por la vía de urgencia, sobre la que de forma más reciente se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal ante la ausencia de justificación de su uso ni en la exposición de motivos, ni en la memoria, ni tan siquiera en la ulterior intervención parlamentaria del Gobierno para la convalidación¹⁸ que conllevará la declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

Ocurre así cuando el Tribunal Constitucional resuelve la impugnación de la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante una acción normativa de procedencia gubernamental inmediata que entre los diversos contenidos recoge las obligaciones de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo y las sanciones que el Servicio Público de Empleo Estatal puede imponer por su incumplimiento. Pues bien aunque la justificación de carácter general de la norma se entiende suficiente, esto es, la situación de crisis económica que obliga a la realización de reformas orientadas al crecimiento económico y la creación de empleo, ante un contenido tan heterogéneo sin embargo, “no resulta suficiente a la hora de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante” ya que el Tribunal aprecia que el Gobierno “no ha explicitado la concreta relación existente entre la situación de crisis y la modificación de los tipos infractores y, como consecuencia de esta modificación, de la Administración competente para sancionar su comisión”(STC 27/2015).

Por tanto, no cabe afirmar una interpretación evolutiva del Tribunal Constitucional respecto del presupuesto habilitante cuanto puntuales sentencias en las que ha matizado ese juicio externo laxo sobre la utilización de esta acción normativa de urgencia. Sucede así cuando el alto Tribunal afirma que procede usar esta categoría normativa <<en todos aquellos casos en los 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). Si bien en casos excepcionales ha considerado que <<“hablar de la ‘cambiante situación de la economía internacional’ o de ‘nuevas oportunidades más variadas que ... en etapas anteriores’ supone la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional, por lo que apreció que la definición

¹⁸ «Tal justificación no incide en otras circunstancias que, sin perjuicio de aquella obligación, expliquen el porqué de haber acudido al Decreto-ley y no a una ley» (STC 199/2015).

explícita y razonada del presupuesto habilitante faltaba>>” (STC 68/2007).

En cuanto al correcto entendimiento de la urgencia como tempranamente indicó Santolaya “se convierte en un elemento relacional”¹⁹ en la adopción de las medidas. Se quiere hacer referencia al tiempo que debiera emplear el Parlamento para la aprobación de la norma correspondiente y, por tanto, el uso de este instrumento debe permitir una celeridad mayor que el procedimiento ordinario de aprobación de las normas e incluso del procedimiento de urgencia, por lo que sería siempre inferior a dos meses. Corresponde al Gobierno no sólo justificar el carácter extraordinario de la situación que motiva la adopción del mismo para su correcta resolución, sino también señalar “los prejuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación (...) por el procedimiento legislativo ordinario” (STC 68/2007). Aunque como el propio Tribunal ha declarado el Decreto-ley puede tener eficacia inmediata aunque su completa ejecución se demore en función de la naturaleza y complejidad de las acciones en él previstas” (STC 93/2015).

Desde sus primeros pronunciamientos el TC avaló dicha interpretación señalando que corresponde el recurso al Decreto-ley cuando la respuesta no puede “ser atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales (STC 111/1983). De donde cabe deducir, que no parece compatible esta exigencia con diferir la entrada en vigor de las medidas fundamentadas en dicha justificación, por ello el Tribunal ha señalado como un elemento integrante del presupuesto habilitante del Decreto-ley “el despliegue inmediato de efectos jurídicos” frente a posponer su aplicación propio de otro tipo de normas (SSTC 29/1982, 31/2011y 26/2016).

3. Materias excluidas del Decreto-ley.

Los términos en los que el constituyente ha delimitado el alcance del Decreto-ley se precisan a través de una expresa exclusión de materias que, en ningún caso, bajo riesgo de inconstitucionalidad pueden ser objeto de esta norma. De un lado, los Decretos-leyes “no

¹⁹ P. Santolaya, p.110.

podrán afectar” al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado²⁰, el régimen autonómico²¹, la regulación de los derechos y libertades²², las materias sujetas a reserva de Ley orgánica²³ que, si inicialmente se enumeran en el artículo 81 CE²⁴, una lectura atenta del resto del texto constitucional permite comprobar la extensión de materias sujetas a la misma. Por la especial caracterización del derecho electoral, el régimen de los procesos electorales igualmente permanece reservado a la Ley orgánica. Por lo que cabría concluir impropriamente que la reserva de Ley orgánica excluye el uso del Decreto-ley cuando en realidad la exclusión de éste es algo más amplia²⁵.

Sin embargo por su alcance, resulta especialmente interesante conocer la interpretación que el Tribunal ha realizado de la regulación de los derechos y libertades, ya que el Título I hace referencia también a los deberes y, entre estos, se encuentra el de hacer frente a las cargas públicas que podrían quedar afectadas por los límites recogidos en el art. 86.1. Pero sin duda es en concreto sobre el entendimiento del término “afectar” donde se ha planteado la mayor controversia. Por ello PÉREZ ROYO se pregunta “Afectar ¿es <<incidir>> en cualquiera de los derechos, deberes y libertades>> reconocidos en la Constitución? ¿O es <<regular>> tales <<derechos, deberes y libertades>>, esto es, establecer su régimen

²⁰ «La prohibición constitucional haría referencia [...] a los elementos estructurales, esencial o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estatales básicas, pero no, en cambio, a cualquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas» (STC 60/1986). Por lo que podría incidir de forma tangencial en instituciones públicas atendiendo a la interpretación tan flexible a la que nos tiene acostumbrado el Tribunal Constitucional en esta materia.

²¹ «las normas ahora impugnadas no delimitan directa y positivamente las competencias autonómicas, sino que simplemente puede incidir en las mismas [...] otra interpretación de estos límites materiales vaciaría prácticamente de contenido los ámbitos de regulación sobre los que el Decreto-ley puede proyectarse, puesto que es muy difícil encontrar un objetivo normativo en el que no incida de uno u otro modo alguna competencia autonómica» (STC332/2005).

²² «La cláusula restrictiva del art. 86.1 de la CE [no podrán afectar...] debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, [...] ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que, por Decreto-ley, se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos» (STC 111/1983).

²³ «no es posible [...] equiparar, en lo que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas, el ámbito negativo de exclusión del art. 86.1 CE con el positivo de exigencia de ley orgánica del artículo 81.1CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho derecho» (STC 111/1998).

²⁴ «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución».

²⁵ En este sentido quedaría vedado el uso del Decreto-ley para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (art. 94.1 CE), la autorización del Congreso para convocar un referéndum (art. 92 CE), las leyes de delegación (art. 82 CE), la ley de presupuestos generales del Estado (art. 134 CE), la autorización de la prórroga de la declaración de estado de alarma así como la declaración de los restantes estados de excepción (art. 116 CE).

jurídico general o, al menos, definir sus elementos esenciales”²⁶.

De la jurisprudencia se deduce que esta restricción del art. 86.1 CE impide que tenga incidencia en el contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983) así sucede cuando el Decreto-ley afecta a la regulación del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda (STC 93/20015), esta interpretación se ha mantenido también respecto del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas que se recoge en el art. 31.1 CE (STC182/1997²⁷) y en la inconstitucionalidad del Decreto-ley relativo a la creación de un impuesto (STC 107/2015).

En efecto, de la lectura de dicha jurisprudencia constitucional se puede deducir que en diversas ocasiones el control externo llevado a cabo por el Tribunal sobre el contenido material de los Decretos-leyes impugnados por “afectar” alguna de las materias vedadas a éstos, es difícil de compartir, en la medida en que el carácter laxo del entendimiento de la afectación ha primado sobre otras consideraciones.

Pues bien al objeto de delimitar en qué medida un Decreto-ley puede afectar a la regulación de los derechos constitucionalizados reviste interés el grado de afectación de derechos como el de propiedad y acceso a la vivienda digna o el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 43 CE) que han sido destinatarios de estos instrumentos normativos y sujetos a control externo del Tribunal Constitucional.

Ocurre así cuando se afecta el derecho de propiedad (art. 33 CE), aunque más adelante se tratarán los Decretos-leyes autonómicos, este ejemplo es clarificador respecto de la afectación de un derecho. Como se constata en el asunto resuelto en la STC 93/2015 en la medida en que se impugnan diversos preceptos del Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía ante una situación de precariedad en que se encuentran muchas personas en esta Comunidad Autónoma como consecuencia directa de la crisis económica y ante los desahucios realizados, el Consejo de Gobierno dentro del marco estatutario (art. 110) opta por dictar esta acción normativa de urgencia²⁸.

²⁶ J. Pèrez Royo, p. 645.

²⁷ Real Decreto-ley 5/1992, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que modificaron las escalas del IRPF del año 1992.

²⁸ Se recoge en la exposición de motivos de la citada norma de urgencia autonómica el objetivo de la misma «hacer frente a esta situación con la intención de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad», a la vez que para solventar dicha situación se propone frente a la desocupación de viviendas existente en la

En el juicio externo llevado a cabo por el Tribunal, por éste se concluye que la norma de urgencia impone al propietario de una vivienda “el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico” con lo que la norma autonómica afecta al derecho de propiedad privada (art. 33 CE). Por lo que concluye en su enjuiciamiento externo que se trata de una “regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el dicho derecho constitucional pueda incidir”, razón ésta que le permite afirmar que el legislador de excepción, en la norma en cuestión ha llevado a cabo una afectación del derecho que “está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley” por lo que se declara inconstitucional y nulo el precepto impugnado²⁹.

El derecho a la protección a la salud y el acceso a la sanidad también se ha visto afectado por este instrumento normativo con ocasión de la STC 139/2016 en la que se resuelve la impugnación del Real Decreto-ley 16/2012 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Los motivos de impugnación recaen en no haber atendido el Gobierno a los límites materiales del decreto-ley, haber alterado sustancialmente el sistema de protección de salud del que habían sido beneficiarios los extranjeros al quedar excluidos del mismo los que no dispongan de autorización de residencia, así como la afectación al derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por lo que aquí interesa y en torno a la equiparación, en su caso, de los derechos de las personas extranjeros en situación de legalidad “siempre y cuando no superen el límite de ingresos que se determine reglamentariamente” con los de aquellas que están en situación irregular por carecer de autorización de residencia a los efectos de excluir a estos últimos de la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria, el Tribunal acude a la doctrina ya contenida en el ATC 179/2011 para reiterar que si bien el art. 86.1 se opone al uso del decreto-ley para afectar los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos que se recogen en el Título I CE, “ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto-ley haciéndolo <<inservible para regular con mayor

Comunidad Autónoma, actuar para dar cumplimiento a la «función social» de la vivienda ante la situación que es definida de «emergencia social».

²⁹ «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico».

o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I CE>>”. En este entendimiento se considera por el Tribunal que “lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos (...) o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”. Por tanto, el Tribunal fija dos límites para el Decreto-ley en esta materia, que no “regule el régimen general de los derechos” y que “la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática (...) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutan” atendiendo al art. 53.3 CE. En efecto, por su ubicación sistemática el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria (art. 43 CE) es un principio rector, aunque no por ello solo tiene un valor programático sino que su concreción y regulación lo será a través de la intervención del legislador para determinar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, observando el mandato constitucional pero sin olvidar la libertad de configuración del legislador ordinario.

Pero el Decreto-ley impugnado prevé también para acceder a la condición de asegurado no solo a titulares de la nacionalidad español o de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo o Suiza “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” lo que puede ser interpretado como una contravención de la igualdad y no discriminación prohibida por el art. 14 CE en conexión con la reserva de ley “derivada “ del art. 43.2. Es por tanto que el TC deduce que este precepto contiene una deslegalización que resulta contraria a la reserva de ley prevista en el art. 43.2 CE, por lo que declara inconstitucional y nulo dicho precepto.

Sin embargo en esta sentencia se contiene un voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré que explicita su disensión del parecer mayoritario de los miembros del Tribunal en el sentido de considerar que se ha producido con esta norma la afectación del derecho a la sanidad y la salud, más allá de su consideración sistemática como principio rector en la medida en la que su vinculación con el art. 10.2 CE es innegable y tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido el riesgo para el derecho a la vida de la ausencia de un trato sanitario, pues a través de este instrumento normativo se produce una regresión en la medida en que “excluye del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita los extranjeros salvo a los menores, mujeres embarazadas y en situación post-parto y en los

supuestos de urgencias médicas³⁰».

En cuanto a la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), por su ubicación en la sección segunda del Título I de los derechos y deberes de los ciudadanos³¹, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el límite material del Decreto-ley en materia tributaria³². Así ha señalado que este instrumento normativo “no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que incidan en la determinación de la carga tributaria”, si bien matiza a continuación que “no queda absolutamente impedida la utilización” del mismo en esta materia “cuando concurre el supuesto habilitante, como instrumento normativo del Gobierno al servicio de los objetivos de la política económica”. Pero no cabe una respuesta global, pues el enjuiciamiento del Tribunal deberá realizarse en cada caso, atendiendo al tributo objeto de regulación por el Decreto-ley, así como “la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate”. Pues bien al realizar el enjuiciamiento sobre el citado Decreto-ley se corrobora que la regulación “supone una alteración sustancial de la posición de los ciudadanos en el conjunto del sistema tributario y afecta a la esencia del deber recogido en el art. 31.1 CE”.

Un amplio resumen de la doctrina del TC al respecto se contiene en la STC 189/2005³³, así la conformidad con el art. 86.1 CE se ha apreciado respecto de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983), respecto de situaciones de riesgo de desestabilización de orden financiero (STC 111/1983), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1984), de reforma administrativa tras la llegada al poder

³⁰ En palabras del Magistrado discrepante «la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpuesto al art. 10.2 CE, entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos» que debe contrastarse con los términos que se recogen en el preámbulo del Real Decreto-ley que tienen como «objetivo fundamental efectivo de promedio afrontar una reforma estructural del sistema Nacional de Salud [...] esto es, una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud» (STC 139/2016).

³¹ «concluir que la formulación constitucional del art. 31.1 no es una simple declaración programática sino la consagración de un auténtico mandato jurídico, fuente de derechos y obligaciones, y del que se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impuestos, al sostenimiento o financiación de los gastos públicos».

³² Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de junio, de Medidas Presupuestarias urgentes en cuyo art. 2 se modifican las escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

³³ Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. La impugnación de inconstitucionalidad iba dirigida contra medidas relativas a la reducción en la base imponible del impuesto sobre sucesiones en determinados supuestos, la actualización de balances y la modificación del régimen tributario de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

de un nuevo Gobierno (STC 60/1986), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997), o la necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003). La justificación en todos los casos referidos según el alto Tribunal es otra que “hacer frente a las coyunturas económicas problemáticas” puesto que el Decreto-ley “representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia”, que no es otro que “suybenir a <<situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran 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”.

Por lo que respecta al límite material que supone el régimen de las Comunidades Autónomas cabe decir que también en este ámbito la jurisprudencia del TC ha matizado los ámbitos excluidos a este instrumento normativo. Así se señaló que “Esta limitación del art. 86.1 no puede afectar al régimen jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas, incluida la posición institucional que les otorga la Constitución” (STC 29/1986). Pero en este ámbito material, más allá de lo dispuesto en el correspondiente Estatuto de Autonomía, está claro que se puede producir una incidencia en el reparto competencial a través de Decretos-leyes. En el mismo sentido y por lo que afecta al sistema de distribución de competencias se señala que “no existe obstáculo constitucional alguno para que el Decreto-ley, en el ámbito que corresponde a la competencia legislativa del Estado, pueda regular materias en las que las CCAA tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias ni delimitar positivamente la esfera de las competencias autonómicas” (STC23/1993).

Aunque no constituye un incumplimiento del presupuesto habilitante nos hemos de referir al uso de este instrumento prescindiendo de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida. En efecto, constituye otro ámbito de expansión del campo material de actuación del Decreto-ley el que hace referencia al reservado inicialmente a la potestad reglamentaria del Gobierno, es decir, la regulación de aquellas materias en las que hubiera bastado la emanación de la disposición basada en la atribución de dicha potestad al Gobierno. Bien es cierto, y se puede alegar, la inexistencia en nuestro sistema de fuentes de una reserva de

materias a la potestad reglamentaria, pero igualmente se puede objetar el uso impropio del Decreto-ley para alcanzar un objeto que podría haberse logrado simplemente con el empleo de esta potestad. Con anterioridad ya fue señalada la compatibilidad de su uso, en este ámbito claramente se ha producido un notable exceso gubernamental cuando, con ocasión de una reforma de la organización administrativa se acude a la figura del Decreto-ley 22/1982, sobre medidas urgentes de reforma administrativa³⁴. Pero esta tendencia de comprensión por el Tribunal Constitucional se ha mantenido con posterioridad en otros pronunciamientos, pese a que en algún voto particular se advertía al respecto³⁵ (STC 332/2005).

Una lectura pormenorizada de la jurisprudencia constitucional relativa a los Decretos-leyes, esto es, de aquellos que fueron recurridos ante el TC, un número muy reducido respecto de los aprobados inicialmente y con posterioridad convalidados, arroja matices en la interpretación del alcance y límites de este instrumento normativo desde la primera sentencia en la que se hubo de pronunciar nuestro Alto Tribunal. Así si nos atenemos al cómputo efectuado por Carmona Contreras hasta 2018 de un total de 548 tan sólo dos no fueron convalidados (1979 y 2017) cifra que se ha incrementado recientemente con un tercer Decreto-ley no convalidado en 2019. Por lo que respecta a aquéllos otros que fueron tramitados por el procedimiento de urgencia tras su convalidación, esta autora con la limitación temporal indicada señala que tan sólo 100 de ellos completaron dicha previsión constitucional, porcentaje que tan sólo excede mínimamente el 18% del total de los convalidados³⁶.

En esta visión descriptiva llama la atención y avala la crítica ya adelantada al abuso de la utilización de los Decretos-leyes, la continua y reincidente justificación en la exposición de motivos de la oportunidad y razonabilidad de los mismos en atención a la crisis económica y la urgencia de la adopción de medidas para invertir la situación. Así es habitual

³⁴ «lo que ha hecho el decreto-ley impugnado ha sido elevar de rango normativo y congelar legalmente buena parte de la materia de organización que con anterioridad estaba deslegalizada, operación perfectamente legítima según la Constitución, habida cuenta de la inexistencia en nuestro sistema de producción normativa de un principio de reserva reglamentaria» (STC 60/1986).

³⁵ Voto particular de la entonces Presidenta del Tribunal en la STC 332/2005: «El Gobierno, en suma, no puede regular legislativamente cualquier materia y en cualquier circunstancia, sino sólo cuando sea inevitable. En definitiva, cuando haya de verse afectadas materias inaccesibles al reglamento y frente a las que, por tanto, no es suficiente con el ejercicio» de la potestad normativa propia.

³⁶ A. Carmona Contreras, *Artículo 86*, en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Libro homenaje a Luis López Guerra, Tirant lo blanchp.1285.

acudir por el Gobierno a la complejidad de la coyuntura económica del momento presente³⁷ o la necesidad con la aprobación de esta norma de “aminorar las consecuencias de aquella situación”³⁸, para hacer frente a la “rápida evolución de la crisis económica”³⁹ e impedir “que se retrase, más allá de lo inevitable, su superación”⁴⁰, o simplemente para dar cumplimiento al “compromiso asumido por los países integrantes de la zona euro para reforzar la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona”⁴¹.

En todo caso una lectura de los Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados (en adelante DSCD) ilustra en modo suficiente sobre la justificación del uso del Decreto-ley esgrimido por los miembros del Gobierno en esta sede al objeto de la convalidación de los mismos. Es usual reiterar la referencia a la coyuntura económica problemática para actuar en el mercado de trabajo⁴² más allá del carácter crónico y por tanto estructural del desempleo⁴³, que en alguna ocasión se conecta incluso con políticas de empleo y el régimen de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁴⁴. No obstante, cabe reseñar intervenciones memorables de los Diputados de la oposición haciendo ver la incompatibilidad de la adopción de medidas de carácter estructural con el uso del Decreto-ley cuya vocación es la de una respuesta urgente⁴⁵. En esta línea se impugna la justificación de su uso para hacer frente a la crisis económica cuando constituye “una manera de legislar”

³⁷ «La mala evolución de la demanda agregada, junto con el mal comportamiento de la tasa de desempleo en las circunstancias extraordinarias actuales», Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo.

³⁸ Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias.

³⁹ Argumento especialmente débil cuando se utiliza paramotivar el Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, cuando el paro tiene una impronta estructural indiscutible en nuestro país. En este sentido A.L. Sanz Perez, *De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes. Comentario a la STC 68/2007, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 10/2007, pp. 1510 a 1524.

⁴⁰ Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

⁴¹ Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

⁴² Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. DSCD, n. 72, de 26 de marzo de 2009, p.15.

⁴³ Decreto-ley 1/2011 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. DSCD, n. 226, de 24 de febrero de 2011, p. 41.

⁴⁴ Decreto-Ley 14/2011 de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. DSCD 276, de 22 de septiembre de 2011, p. 16.

⁴⁵ Intervención de la Diputada Álvarez-Arenas durante la convalidación del Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. DSCD, n. 229, de 10 de marzo de 2011, p. 29.

orillando la esencia del parlamentarismo que es el debate⁴⁶ y degradando “los debates de convalidación en actos parlamentarios vacíos, sin sentido democrático ninguno, y en una burla a la Constitución y a este Congreso”⁴⁷.

No obstante hemos de reseñar como se aprecia una evolución en el rigor con que el TC afronta la función de garantía de la primacía de la Constitución y el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas cuando se declare su inconstitucionalidad. Sirva a modo de ejemplo el caso resuelto en la STC 27/2015 respecto del Decreto ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Nos encontramos ante un Decreto-ley que tras su convalidación fue acordada su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art 86.3CE) culminando con la aprobación de la Ley 1/2014, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, de 28 de febrero. El objetivo de la norma impugnada era otorgar mayor seguridad jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo. Se justifica la extraordinaria y urgente necesidad en que “se trata de medidas de empleo y Seguridad Social que,(...) vienen a reforzar la vinculación entre la protección por desempleo y la inserción laboral de las personas desempleadas (...) responde al objetivo de otorgar una mayor seguridad jurídica a los empresarios y a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo”.

Quizá es relevante que tras reproducir el Tribunal las justificaciones de la exposición de motivos antes citadas así como de modo parcial la intervención del miembro del Gobierno en la sesión de convalidación, se asume por aquél que “es posible inferir la existencia de una justificación de carácter general, la situación de crisis económica que obliga a la introducción de reformas orientadas al crecimiento económico y a la creación de empleo, y otra de carácter específico (...) la necesidad de proporcionar (...) mayor seguridad

⁴⁶ «una manera flexible, ágil y rápida, sí, pero impide en la mayoría de los casos el necesario debate parlamentario, el acuerdo y la negociación, elementos que configuran el quehacer de esta casa». Intervención del Diputado Azpiazu Uriarte con motivo de la convalidación del Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas conempresas y autónomos por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa. DSCD, n. 229, de 10 de marzo de 2011, p. 29.

⁴⁷ Intervención del Diputado Coscubiela Conesa con motivo de la convalidación del Decreto Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo de la economía. DSCD, n. 309, de 1 de octubre de 2016, p. 35-36.

jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo”. Pues bien, entiende el TC que no resulta suficiente la justificación genérica para apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante respecto de alguno de los preceptos impugnados, así como la necesaria concreción de la relación existente entre la situación de crisis aducida y la modificación llevada a cabo en el texto legal. En concreto se aprecia, de un lado, la carencia de “una argumentación” pues añade el Alto Tribunal, “nada se ha alegado sobre la necesidad de una acción normativa inmediata (...) en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes (...) sin que tampoco (...) se haya justificado, ni a ellos se haya aludido siquiera” (...) cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos por la modificación operada, se hayan evitado con la utilización del Real Decreto-ley en lugar del procedimiento legislativo parlamentario”.

4. Decreto-ley *ómnibus*.

Es evidente que se ha producido una proliferación de los Decretos-leyes de contenido heterogéneo como acredita la mera lectura de alguno de ellos. La cuestión inicial objeto de discusión recae en la posibilidad de trasladar la doctrina de las leyes *ómnibus* a los decretos-leyes y, en su caso, de la exigencia al Gobierno de justificar la concurrencia del supuesto habilitante “único y generalmente aplicable a todas las medidas contenidas en la norma” y si en este caso concurriría. Ahora bien, el Tribunal debe adecuar su doctrina en materia de presupuesto habilitante del Decreto-ley ”a la singularidad del texto caracterizado por su heterogeneidad” y, a tal efecto, se pronuncia inicialmente sobre la adecuación de este tipo de normas a la Constitución para afirmar en referencia a las leyes *ómnibus* “el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo”, habiendo concluido que este tipo de leyes transversales “no son, por el mero hecho de su compleja estructura interna, lesivas de precepto constitucional alguno” (STC 136/2011). Por tanto podemos adelantar a modo de conclusión que se ha realizado una traslación de

aquella interpretación de las leyes ómnibus a los Decretos-leyes⁴⁸.

Sirva pues como ejemplo de este tipo de Decreto-ley, el análisis de varias acciones normativas gubernamentales que al margen de haber sido recurridas ante el Tribunal o no, permiten visualizar la heterogeneidad de las mismas, la posición del Tribunal Constitucional respecto a su caracterización y contenido, esbozada en la resolución de la impugnación de la que fue objeto el Real Decreto-ley 12/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transportes y otras medidas. Salta a la vista la indeterminación del último ámbito de alcance de esta norma que se deriva de su mero enunciado. El ámbito de incidencia de este instrumento normativo es amplísimo pues aborda el sistema ferroviario, las Agencias Estatales, la seguridad aérea y respecto de la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. Además se lleva a cabo, a través del mismo, la modificación de la ley de Presupuestos Generales del Estado, de la ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, de la regulación de la Ley de Contratos así como de modificación del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto de Sociedades.

A la heterogeneidad de las materias que se contienen en esta norma se le ha de unir también la diversidad de motivaciones aducidas por el Gobierno respecto de la necesidad de acudir al Decreto-ley para su regulación. Respecto de algunas materias se “exige una incorporación indemorable” al objeto de que “alcancen plena eficacia inmediata”, sin embargo en otras la urgencia se fundamenta bien en el evitación de un “procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea” o bien con el fin de paralizar el que ya se había iniciado. Además otras justificaciones esgrimidas también reúnen un elevado nivel de indeterminación como “la necesidad de reforzar el control de los fondos públicos, mejorando su gestión”, o bien para favorecer el crecimiento del tráfico aéreo” y apoyar otros sectores económicos como el turístico o la “salv guarda y protección de las Administraciones concedentes o la necesidad de “no demorar el abono” de ayudas.

Reviste especial interés el análisis de la STC 199/2015, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de

⁴⁸Se admite que «las leyes de contenido heterogéneo son un continente constitucionalmente admisible, aunque técnicamente mejorable, pararecoger medidas diversas de política económica, también puede aceptarse la existencia de decretos-leyes transversales» por lo que «nada se opone [...] un decreto-ley contenga medidas normativas de carácter heterogéneo, siempre que las mismas no afecten a las materias que le están constitucionalmente vedadas a dicho tipo de fuente» (STC 199/2015).

aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. El recurso de inconstitucionalidad se fundamenta inicialmente en el hecho de que el citado Real Decreto-ley contiene “una pluralidad de contenidos normativos cuya regulación” al contenerse en legislación de urgencia, “no puede ser reconducible a un único presupuesto habilitante”, que en sí mismo ya constituiría una causa de vulneración del art. 86.1 CE, además de reducir la “capacidad de intervención parlamentaria en la discusión de convalidación” del mismo. Para la resolución de este recurso el Tribunal admite que estamos en presencia de un denominado <<decreto-ley ómnibus>>⁴⁹, por la heterogeneidad y el alcance expansivo de las medidas que contiene, circunstancia esta que otorga cierta singularidad” al pronunciamiento que se ha de llevar a cabo por éste. En efecto, en la citada norma de urgencia se incluyen disposiciones relativas al impulso de la actividad económica, a infraestructuras y transporte, medidas urgentes en el ámbito energético, sobre el fomento de la empleabilidad y el sistema nacional de garantía juvenil, medidas fiscales e incluso en las disposiciones adicionales, entre otras disposiciones, aquellas relativas a la aprobación de plazas para las Fuerzas Armadas.

Además, se cuestiona por los recurrentes la heterogeneidad de la norma de urgencia que, a su parecer, limitaría el debate de convalidación parlamentaria con merma considerable para el ejercicio de los derechos de representación (art.23.2CE)..

Por cuanto se refiere al control externo del Tribunal, una primera estrategia adoptada consiste en exigir la carga de la prueba de los recurrentes de tal modo que solo se pronunciará respecto de las impugnaciones fundamentadas de forma suficiente, no atendiendo a aquellas que lo hayan sido de forma “global” que a juicio del mismo resultarían “carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente”. Razón ésta por la que se limita el objeto de enjuiciamiento del Tribunal sobre la constitucionalidad de la norma impugnada. Reitera a continuación el Tribunal su ya conocida doctrina para señalar que “la utilización de este instrumento normativo se estima legítima <<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

⁴⁹ «expresión traída desde las leyes ómnibus, también denominadas por nuestra doctrina ‘leyes transversales’ y que surgieron como leyes de acompañamiento a las de presupuestos generales del Estado» o «leyes de medidas» concebidas en nuestro sistema de fuentes como respuesta a la introducción de límites materiales a la elaboración de la ley de presupuestos [...] para evolucionar después, de manera fundamental, como instrumento de sistematización de la política económica».

inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta >>”. En definitiva que el Tribunal asume que el control que le corresponde realizar es “externo, jurídico y no de oportunidad política ni de excelencia técnica, y que ha de ser flexible”, cuestión esta ya analizada que justifica en la necesidad de “no invalidar de forma innecesaria, ni sustituir el juicio político sobre la concurrencia del presupuesto que corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso de los Diputados <<en el ejercicio de la función de control parlamentario>>”.

A partir de aquí y dado que no parece que pueda exigirse a este tipo de Decretos-leyes un límite formal específico, basado en “la existencia de un presupuesto habilitante común a todas las medidas en él contenidas”, el Tribunal habrá de llevar a cabo “la valoración de la concurrencia del presupuesto habilitante en un decreto-ley transversal” a través de la verificación de que “la motivación relativa a la existencia de dicho presupuesto, no es una vaga motivación genérica, sino que se refiere, expresamente, a cada precepto o grupo de preceptos, con el objetivo de exteriorizar las razones que justifican la inclusión de esas medidas en un decreto-ley”. Atendiendo pues en dicho control a “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno” de ellos⁵⁰, puede cuestionarse por el Tribunal la justificación llevada a cabo por el Gobierno en la coyuntura económica, pues entiende la relevancia de “la mejora del empleo y de las ventas, el aumento de la capacidad productiva del país, el fomento de la inversión empresarial para mantener la apertura de los establecimientos, la dinamización del consumo privado y el volumen de negocio del sector”. Pero ocurre que ante un contenido tan heterogéneo el razonamiento relativo a la acreditación del presupuesto habilitante de urgencia de preceptos relativos a empresas de trabajo temporal, agencias de colocación o llevanza de los Registros Civiles por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no se ha justificado, por lo que son objeto de declaración de inconstitucionalidad. En esta resolución el Tribunal aprecia la falta de acreditación del supuesto habilitante para aprobar con carácter urgente los preceptos legales relativos a las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación y a la llevanza del Registro Civil por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles⁵¹.

⁵⁰ «analizar el grado de proximidad y de vinculación que existe entre la justificación relativa a la adopción del decreto-ley, y las medidas a que esa justificación se refiere».

⁵¹ «El uso notoriamente desmedido, fraudulento o abusivo de la figura del decreto-ley comporta un grave desequilibrio de la arquitectura constitucional, dejando en entredicho la propia noción de democracia parlamentaria, que por su carácter nuclear ha de presidir en todo momento la tarea del intérprete supremo de la Constitución». Voto particular Magistrado Valdés Dal-Ré.

Igualmente se reitera que el Tribunal debe constatar la existencia de conexión entre el motivo y la medida adoptada de modo independiente a la imprevisibilidad de la situación o en su caso de que tenga su origen en la propia inactividad del Gobierno, incluso la falta de inmediatez de la medida adoptada por la exigencia de adaptaciones técnicas.

Finalmente y en orden a la lesión de la función representativa parlamentaria alegada por los recurrentes de inconstitucionalidad, el Tribunal reitera su doctrina relativa a que “una lesión del derecho fundamental tendrá relevancia constitucional cuando “pertenezcan al núcleo de la función representativa parlamentaria” que en este caso queda garantizado de conformidad con lo previsto en el Reglamento del Congreso en el art. 151 en el que se contienen los trámites del debate para la convalidación o derogación⁵². Aunque es cierto que por la heterogeneidad de la formulación contenidos resulta especialmente evidente la importancia de su tratamiento a través de un procedimiento ordinario legislativo, con la intervención de ambas Cámaras y no tan sólo del Congreso a través de la convalidación y sobre una heterogeneidad de materias difíciles de constatar la existencia de un claro hecho habilitante y en detrimento del protagonismo del Parlamento como poder legislativo⁵³.

En contraposición a la percepción mayoritaria del Tribunal, cabe reiterar argumentos vertidos en el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a esta sentencia, cuestionando el calificativo de extraordinario de “una crisis económica de la que se tiene constancia desde dos legislaturas, por lo que resulta infundado acudir al decreto-ley para dar teóricamente respuesta a la misma incluyendo todo tipo de medidas que además no tienen relación con aquélla”, posición que compartimos plenamente.

Un caso evidente de exceso en el uso del Decreto-ley lo constituye el Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el que se analizan los límites del presupuesto habilitante necesario para la concesión urgente de un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa al objeto de dar cumplimiento al pago de compromisos adquiridos en ejercicios anteriores como declaró el Ministerio de Hacienda

⁵² «Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad» para añadir que «concluido el debate, se procederá a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación».

⁵³ Aragón manifiesta que esta práctica de los Decretos-leyes ómnibus debe considerarse inconstitucional. M. Aragòn Reyes, p.112.

en su intervención en la sesión de convalidación del mismo⁵⁴. Pues como se constata en la STC 126/2016 en los programas especiales de armamento se ha generado una praxis consistente en “abordar su financiación” a través de esta técnica legislativa cuyo objeto no es otro que “la concesión de créditos extraordinarios para el pago de estos programas”⁵⁵, sin que concurriera una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sino quizá no generar costes adicionales o intereses de demora con los proveedores con los que se hubiesen celebrado los contratos. En efecto, entiende el Tribunal que aunque existiese “un motivo genérico de urgencia” e inicialmente no fuese posible conocer el importe exacto a abonar así como la necesidad de pagar a proveedores “no pueden justificar la utilización” de esta figura, por lo que se declara la inconstitucionalidad del mismo por carecer del presupuesto habilitante de este tipo de normas.

5. Decretos-leyes autonómicos.

La incorporación del Decreto-ley al sistema de fuentes autonómico ha tenido lugar con ocasión de las reformas estatutarias llevadas a cabo a partir de 2006 inicialmente no estaban previstas en los textos estatutarios. Conviene detenerse un instante en este supuesto ya que si en la redacción originaria de los Estatutos de Autonomía no se incluyó el Decreto-ley es claro que no se compartía esa necesidad por sus redactores, en caso contrario se hubiera dado curso a los mismos en los respectivos procedimientos de elaboración y aprobación.

Hemos de reparar en primer lugar en un uso del Decreto-ley en el ámbito autonómico sin previsión estatutaria, para analizar después la oportunidad de su regulación así como los materias concernidas por aquél y cuál ha sido la valoración que por el Tribunal Constitucional se ha realizado.

Una circunstancia poco recordada llevó a que para hacer frente a las consecuencias de unas inundaciones por parte del Gobierno del País Vasco se adoptaran cinco Decretos-leyes en el año 1983, que sin cobertura estatutaria, fueron publicados en virtud de la Ley 17/1983 del Parlamento Vasco por la que se facultaba al Gobierno para dictar Decretos-leyes con

⁵⁴ Como señaló el responsable del Gobierno en su intervención previa a la convalidación «no se trata de dar cobertura a necesidades imprevistas, su finalidad es proceder al pago de compromisos contraídos en ejercicios anteriores». DSCD, 11 de septiembre de 2014.

⁵⁵ Reales Decretos-leyes 26/2012, 10/2013 y 7/2015.

motivo de las recientes inundaciones⁵⁶ y en ningún caso impugnados con posterioridad ante el Tribunal Constitucional, pese a su evidente inconstitucionalidad.

En el desarrollo del Estado autonómico no ha generado excesivo debate su incorporación a los Estatutos de segunda generación⁵⁷. Es cierto que se ha aducido por diversos autores un conjunto de razones que podrían justificar la ausencia de necesidad de incorporar estos instrumentos al ordenamiento jurídico autonómico: así la inexistencia de una disfuncionalidad que se haya podido constatar en el funcionamiento del Estado de las Autonomías en los 25 años anteriores, el carácter monocameral de estos Parlamentos, el menor nivel de trabajo derivado de una cuantía inferior de iniciativas legislativas a debatir, o el conjunto de procedimientos previstos para la tramitación de leyes de urgencia, de Comisión e incluso de lectura única. Como era previsible, en la redacción de los nuevos Estatutos de Autonomía no se encuentran elementos novedosos por lo que ha sido en su caso en los Reglamentos parlamentarios autonómicos donde se han podido incluir algunas regulaciones escasamente diferenciadas. Una lectura de las motivaciones contenidas en las exposiciones de motivos de los Decretos-leyes autonómicos, nos muestran como se ha reiterado un entendimiento laxo del presupuesto habilitante.

Sin embargo, el principal inconveniente que presenta la recepción del Decreto-ley en el ámbito autonómico lo es respecto al control jurídico del mismo, más allá de las limitaciones a las que se encuentra sujeta la oposición parlamentaria. La cuestión de trascendencia radica en el hecho de que las normas autonómicas no pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional más que por las Comunidades Autónomas y el Estado lo que redunda en la dificultad de ejercer un control de constitucionalidad de los Decretos-leyes por las minorías parlamentarias autonómicas⁵⁸. En todo caso, las impugnaciones que se han llevado a cabo de los Decretos-leyes lo han sido por esta vía, como consecuencia de la

⁵⁶ «se autoriza al Gobierno, con carácter extraordinario y excepcional, y por un plazo máximo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley, a dictar disposiciones legislativas provisionales en forma de Decretos-leyes, cuando su rango formal así lo requiera, para atender a las necesidades y compensar y reparar los daños provocados por las recientes inundaciones y lluvias torrenciales que han asolado a Euskadi» (art. 1).

⁵⁷ I. González García, *La trascendencia constitucional del deficiente control del Decreto-ley autonómico*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017. A.M. Carmona Contreras, *La incorporación de la potestad gubernamental de urgencia a los nuevos Estatutos de Autonomía: consideraciones críticas*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 76/2006.

⁵⁸ No hay un reconocimiento expreso a la minoría parlamentaria autonómica para poder impugnar un Decreto-ley autonómico ante el Tribunal Constitucional (art. 32.2 LOTC).

presentación de recursos de inconstitucionalidad por el Gobierno de la nación⁵⁹.

Pues bien, desde su incorporación estatutaria a diez de las diecisiete Comunidades Autónomas el uso y abuso de los Decretos-leyes autonómicos ha quedado acreditado hasta el punto de que en alguna Comunidad Autónoma casi un tercio de las normas con rango de ley aprobadas son Decretos-leyes que, sin embargo en un número muy reducido de ocasiones han sido no convalidados y por tanto derogados. Atendiendo a los datos estadísticos como al contenido de los citados Decretos-leyes autonómicos cabe afirmar que se ha normalizado su uso en las Comunidades Autónomas para cuestiones diversas como para autorizar la construcción de un hospital, impedir actuaciones judiciales frente a decisiones del Gobierno autonómico, de contenido heterogéneo o susceptibles de regulación reglamentaria, incluso otros cuyo contenido actualiza uno anterior. Concurren en esta realidad de un lado, la debilidad del parlamentarismo en el ámbito autonómico y la tendencia más acusada hacia el presidencialismo, así como la ya reiterada doctrina laxa del Tribunal Constitucional sobre la materia⁶⁰.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión afirmando su plena adecuación a la Constitución de los poderes de legislación urgente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, aunque con un carácter más restringido que el que le confiere el art. 86 CE al Gobierno de la nación, no obstante su encaje plenamente constitucional, como consecuencia del conjunto competencial asumido por aquéllas como por “las coyunturas económicas” que hicieren pertinente al gobierno autonómico acudir a estos instrumentos (STC 93/2015). Ahora bien la previsión estatutaria debe acomodarse a los límites preceptuados en el art. 86.1 CE, aunque atendiendo al poder de configuración del legislador estatutario, para precisar los “poderes del Consejo de Gobierno como de la Asamblea Parlamentaria, pudiendo añadir o endurecer los mencionados límites con el “propósito de preservar más intensamente la posición del Parlamento autonómico”⁶¹. Aunque la realidad no muestre claros síntomas de que las

⁵⁹ “convendría que el Tribunal valorara las muy dispares condiciones de acceso a su jurisdicción vía recurso de inconstitucionalidad de este tipo de normas autonómicas frente a las estatales de idéntica naturaleza y flexibilizara, por tanto, en esos supuestos, su muy riguroso criterio de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad”. I. González García, p.112.

⁶⁰ Como indica M. Aragón Reyes, p. 130, esta traslación está incidiendo en la función legislativa de los Parlamentos autonómicos contribuyendo a incrementar la debilidad del régimen parlamentario autonómico con la imposibilidad de que el control jurisdiccional lo pueda llevar a cabo la minoría parlamentaria ante el Tribunal Constitucional.

⁶¹ «un espacio entregado a la libre configuración del legislador estatutario, a quien, al ordenar las instituciones de la Comunidad Autónoma, le cabrá optar por una separación más o menos rígida entre el legislativo y

regulaciones estatutarias en general hayan reforzado a los Parlamentos respectivos en el ejercicio de controles sobre los gobiernos autonómicos en el ejercicio de esta función normativa de urgencia. Únicamente cabe saludar de forma positiva que algunos de estos Estatutos hayan establecido expresamente que el transcurso del plazo de treinta días sin convalidación de los mismos conllevará su derogación⁶².

La singularidad competencial que presentan las Comunidades Autónomas no sustrae al alto Tribunal de su función de enjuiciamiento respecto de ponderar la competencia autonómica ejercida en el Decreto-ley correspondiente, que a juicio de aquél haría “menos necesario” la aprobación de este tipo de normas. Además el “factor temporal” cobra en apariencia importancia a la hora de llevar a cabo el juicio de constitucionalidad de la norma en que “las situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo”. Pero a continuación se produce una inflexión respecto a la exigencia del supuesto habilitante que se manifiesta a través de su concreción de un menor rigor, esto es, no será precisa “una justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales”. Es cierto que aquí la doctrina del Tribunal es coherente con cuanto había aplicado con anterioridad a los Decretos-leyes en el ámbito estatal y no introduce dos niveles de exigencia diferenciados⁶³.

La mayor parte de los Decretos-leyes autonómicos han tenido por objeto actuaciones en el ámbito del estado social en el que operan sus competencias, aunque precisamente la extralimitación competencial ha podido ser también enjuiciada por el TC para declarar la inconstitucionalidad de estas acciones normativas de urgencia. Resulta de especial interés la STC 93/2015 en la medida en que aplica el juicio externo del TC sobre un Decreto-ley autonómico sobre el supuesto habilitante, indicando pues si con carácter general para los Decretos-leyes del Gobierno de la nación se ha mantenido la relevancia del “peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse al juicio puramente

ejecutivo, atribuyendo en su caso a este último la facultad de, en concretos supuestos, aprobar normas provisionales con rango de ley que adopten la forma de decreto-ley autonómico» (STC 93/2015).

⁶² Como ha señalado I. González, se produce un fortalecimiento de la posición del Parlamento en este trámite y “se dota de mayor seguridad jurídica al régimen de esta intervención” que había dado lugar a controversias en la doctrina en torno a las consecuencias jurídicas de la pasividad del Parlamento frente al plazo de convalidación. I. González, p. 114.

⁶³ Bastará, por tanto, la descripción de «la situación de necesidad de modo explícito y razonado», como ya es doctrina reiterada y constante del Tribunal que «la decisión gubernativa de dictar un decreto-ley conlleva un ‘juicio político o de oportunidad’ solo susceptible de control externo por aquél» (STC 93/2015).

político” de este le es exigible de igual modo al ejecutivo autonómico “que la definición (...) de una situación de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ sea explícita y razonada”, aunque no necesariamente se contenga de forma expresa en el texto, pero “cabe deducirlo” entre otros de la exposición de motivos, del debate parlamentario de convalidación y del propio expediente de elaboración lo que manifiesta la laxitud por parte del Tribunal respecto a la exigencia de la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad de contenerse en el propio Decreto-Ley (SSTC 29/1982, 182/1997, entre otras).

En este mismo entendimiento generoso y amplio de esta categoría normativa se ha mantenido su uso legítimo “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 exigen una rápida respuesta” para añadir que “la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno”. Igualmente se reitera que “no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma” como ya se afirmó en la STC 23/2012.

Pues bien, en el marco de la competencia en fomento de la vivienda de la Junta de Andalucía, hemos de referirnos de nuevo al Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía ante una situación de precariedad en que se encuentran muchas personas en esta Comunidad. En el juicio externo que realiza el Tribunal opta por una resolución interpretativa de la constitucionalidad del resto de dicho texto en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos de la resolución, ya que esta norma responde a la exigencia explícita y razonada de la situación extraordinaria que concurre para que el ejecutivo andaluz acuda a “una acción absolutamente inmediata” ante “la crisis económica y sus consecuencias sobre la vivienda”, por lo que concurre el supuesto habilitante⁶⁴. Es también importante en esta resolución la afirmación de que el Decreto-ley impugnado tiene eficacia inmediata aunque su completa ejecución se demore en función de la naturaleza y complejidad de las acciones en él previstas”.

Constituye otro caso de extralimitación competencial en el que incurre el Gobierno

⁶⁴ «dirigido a movilizar el parque de viviendas deshabitadas susceptibles de arrendamiento, como un medio para afrontar la situación de emergencia habitacional».

Andaluz, el Decreto-ley 5/2016 de Andalucía, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de esta administración, que fijaba una jornada de trabajo de los empleados públicos y lectiva para el personal docente, inferior a la establecida en la normativa básica estatal. El Tribunal en la STC 142/2017, declarará la nulidad de la norma legal que fijó la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos con el objeto de recuperar la jornada declarada contraria a la legislación estatal que determina una duración de la jornada de trabajo inferior a 37.5 horas efectivas.

Ocurre también que aun cuando el Tribunal confirma la constitucionalidad del Decreto-ley no puede admitir en su totalidad la misma y alguno de los preceptos de la norma impugnada si es objeto de declaración de inconstitucionalidad y nulidad. Sucede así en la STC 84/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2013, de 6 de septiembre por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en relación con la implantación, para el curso 2013-1014, del sistema de tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Islas Baleares. En este sentido preceptos relativos a “otros proyectos de tratamiento integrado de lenguas” carentes de conexión con las razones de extraordinaria y urgente necesidad exigidas como el precepto relativo a los “proyectos transitorios” muestran que no era ni urgente, ni necesario la aprobación de dichos preceptos por esta vía, sin perjuicio que en el resto del texto se haya acreditado la situación de un caso excepcional que no podría haberse resuelto a través de instrumentos ordinarios.

En ocasiones los Decretos-leyes autonómicos pretenden ocupar un espacio competencial sobre el que el Estado se arroga la competencia por lo que el juicio externo llevado a cabo por éste afecta más a la determinación del titular de la competencia de acuerdo con el sistema de distribución competencial que a la observancia del supuesto habilitante para dictar el Decreto-Ley. Sucede así con el STC 145/2017, relativa a la impugnación del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, que extendía el acceso a las prestaciones sanitarias a las personas extranjeras con residencia efectiva en la Comunidad Valencia pero carentes de la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, frente a lo previsto en la normativa estatal, por lo que “al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal”, se declara inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 149.1.16 CE.

En el mismo sentido con carácter más reciente la STC 105/2018 que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas por el que se establecía una prohibición temporal de dos años de duración del otorgamiento efectivo, para la transmisión de las autorizaciones domiciliadas en Cataluña que habilitaban para la prestación de servicios de transporte de viajeros en la modalidad de alquiler de vehículos con conductor. El Tribunal aprecia la concurrencia del supuesto habilitante⁶⁵ pero sin embargo, infringió la reserva al Estado de la competencia exclusiva sobre los transportes terrestres que transcurran por más de una Comunidad Autónoma.

En el caso del Decreto-ley 5/2012 de Cataluña, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito por el que se crea un impuesto directo, que grava los depósitos de los clientes en entidades de crédito “siempre que comporten la obligación de restitución”, el Tribunal enjuicia el mismo teniendo presente las disposiciones del Estatuto de Autonomía de Cataluña que recogen la previsión según la que la Generalitat establece tributos propios “mediante ley del Parlamento”, por lo que la exclusión de este instrumento normativo viene establecida por la propia norma estatutaria. En conclusión se declara inconstitucional y nulo el citado Decreto-ley por haber creado ex novo un tributo infringiendo “la garantía instrumental de la supremacía financiera de la cámara y del principio democrático” (STC 107/2015).

6. El estado de la cuestión.

En este período de Presidencia del Gobierno de Pedro Sánchez ha culminado el abuso del Decreto-ley con la aprobación de nueve Decretos-leyes los tres primeros meses del año 2019, hecho este que ha sido objeto de consideración muy crítica por oposición política y los medios de comunicación, por la necesidad de obtener ventajas electorales del Gobierno

⁶⁵ «la modificación normativa se ajusta al objetivo que el preámbulo de la norma afirma perseguir: impedir que las autorizaciones VTC se obtengan con fines especulativos, esto es, no con el fin de prestar la actividad de transporte correspondiente, sino de transmitir las a terceros. Desde esta perspectiva, la medida contenida en el artículo impugnado es coherente con la situación de necesidad definida. Por otro lado, la medida modifica de manera inmediata la regulación existente y, también desde esta perspectiva, es coherente con la situación de urgencia definida».

ante la previsible, y luego consumada anticipación de las elecciones generales. Esta práctica se ha conectado con los denominados “viernes sociales” con los que los medios de comunicación han asociado los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros los viernes de este período preelectoral de eminente contenido social. Este abuso del Decreto-ley ha encontrado justificación en algún caso en la necesidad de trasponer al ordenamiento interno normativa de la Unión Europea cuyo plazo habría ya finalizado⁶⁶ y en evitación de la apertura de un procedimiento por infracción de la Comisión Europea o por la necesidad de anticipar futuras consecuencias de la decisión del Brexit⁶⁷. Aunque la mayoría de los Decretos-leyes aprobados en este breve período hacen referencia a cuestiones de ámbito social⁶⁸, económico⁶⁹ o financiero⁷⁰, hemos de advertir que algunos de ellos tienen una clara incidencia en materia de derechos⁷¹. Es precisamente en este último ámbito donde se ha producido la única no convalidación de un Decreto-ley⁷² por falta de apoyo al Gobierno por parte de algunos grupos parlamentarios por el alcance de las medidas y sujetos destinatarios de esta acción normativa de urgencia, si bien la posterior negociación política posibilitó la aprobación y convalidación de un nuevo Decreto-ley en la materia⁷³.

Es cierto que las críticas antes señaladas se han hecho extensivas a la oportunidad de acudir a la Diputación Permanente para la convalidación de estos Decretos-leyes una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones. Sin embargo conviene recordar un antecedente de este proceder gubernamental, pese a las críticas vertidas desde la oposición parlamentaria, el 1 de febrero de 2000 la Diputación Permanente convalidó el Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, habiéndose defendido la urgencia del mismo por el Ministro de Trabajo

⁶⁶ Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

⁶⁷ Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el art. 50 del Tratado de la Unión Europea.

⁶⁸ Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

⁶⁹ Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

⁷⁰ Real Decreto-ley 10/2019, de 29 de marzo, por el que se proroga para 2019 el destino del superávit de Comunidades Autónomas y de las entidades locales para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan otras medidas en relación con las funciones del personal de las entidades locales con habilitación de carácter nacional.

⁷¹ Real-Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

⁷² Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

⁷³ Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

y Asuntos Sociales del Gobierno del Partido Popular dado que “estaba finalizando la legislatura” y “que las cuentas de la Seguridad Social tenían un estado muy favorable”.

En concreto como refleja el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, el día 3 de abril, con el Gobierno en funciones, disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones generales, se procedió por la Diputación Permanente a la convalidación de estos seis Reales Decretos-leyes. El eminente contenido social de los mismos y los réditos electorales para estas formaciones en caso de haberse negado a convalidarlo puede explicar este apoyo⁷⁴. No obstante se han tachado de “electoralistas” (Unidas Podemos) y planteado la conveniencia de su mejora técnica a través de su tramitación como proyectos de ley durante la campaña electoral y con plazos muy reducidos para su debate y enmiendas⁷⁵. Ahora bien, consultados los servicios jurídicos de la Cámara a instancia de Unidas Podemos, respecto a la posibilidad de tramitar como proyectos de ley los Decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente una vez disueltas las Cámaras y convocadas las elecciones generales, se emitió el Informe relativo a la posibilidad de tramitar como proyectos de ley los Reales Decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente en período de disolución de las Cámaras⁷⁶ que ha suscitado enorme crítica por la doctrina.

Una interpretación literal de la Constitución y del Reglamento del Congreso limitaría la intervención de la Diputación Permanente a interesar, tras la convalidación del Decreto-ley, el inicio de la tramitación como proyecto de ley, que sólo corresponderá poner en marcha a las Cámaras constituidas tras las elecciones generales. Se refuerza esta interpretación, frente al Informe de los letrados del Congreso que proponen un

⁷⁴ Entre los Decretos-leyes convalidados se encuentran los relativos a la ampliación y equiparación de los permisos de paternidad, medidas de lucha contra laprecariedad laboral, regulación de la vivienda y del mercado de alquiler, el que afecta a las empresas de trabajo temporal, así como al sector de la estiba.

⁷⁵ Así la cuestión más debatida no ha sido otra que esta posible tramitación por la Diputación Permanente del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en el que se regula el permiso de paternidad. Es la situación de desigualdad y consiguiente brecha salarial la que según el Gobierno «exige una actuación urgente y necesaria por parte del Estado» consciente de la «fuerte discriminación» de la mitad de la sociedad, viéndose «afectados sus derechos fundamentales». Pero incluso tratándose de una situación de carácter estructural no por ello el Gobierno prescinde del uso de esta actuación normativa de urgencia que «puede convertirse en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad atendiendo a las circunstancias concurrentes». La suspensión del contrato de trabajo alcanza a la madre biológica como al progenitor distinto de ésta. Sorprende que en esta exposición de motivos el Gobierno motive su acción normativa reconociendo que se afecta al derecho a la igualdad que no es obstáculo para el mismo que se trate de una situación estructural.

⁷⁶ «Las Diputaciones Permanente [...] tendrán como funciones la prevista en el artículo 73, la de asumir las facultades que corresponda a las Cámaras, de acuerdo con los artículos 86 y 116, en caso de que éstas hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato y la de velar por los poderes de las Cámaras cuando éstas no estén reunidas».

procedimiento ad hoc para llevar a cabo dicha tramitación, en la previsión de que decaen todas las iniciativas legislativas en curso una vez disueltas las Cortes Generales. Además de la imprevisión sobre este supuesto que refleja el Reglamento de la Cámara, se reitera desde la doctrina que la Diputación Permanente no es “un instancia dotada de competencia legislativa”⁷⁷.

En las comparecencias de los miembros del Gobierno en la sesión de convalidación se hizo valer el carácter inédito de la situación, las consecuencias para la ciudadanía o para determinados colectivos de ésta, o la necesidad de recuperar derechos sociales suprimidos. Desde algunos grupos parlamentarios se hizo ver el abuso en el que se incurrió por la Mesa con ampliación de plazos para presentar enmiendas a iniciativas legislativas “hasta el infinito” lo que suponía una interpretación errónea y torticera del reglamento del Congreso, contribuyendo así a la degradación de la institución parlamentaria”⁷⁸. Pero igualmente se cuestionó la oportunidad de apreciar la urgencia en disposiciones que difieren su entrada en vigor paulatinamente en 2020 o 2021⁷⁹, e incluso se difiere a reuniones posteriores de la Conferencia Sectorial o a la negociación colectiva, o cuando su eficacia queda condicionada a un Registro que debe ser desarrollado por un reglamento posterior.

Pues bien una parte de la doctrina tras analizar con detenimiento el uso del Decreto-ley en nuestra experiencia constitucional de cuarenta años ha podido concluir el uso desmedido del mismo, que si bien ya comenzó en el período de la transición política entre los años 1976 y 1978, más allá del tratamiento constitucional de este instrumento normativo, por parte de los sucesivos gobiernos se ha incurrido en exceso y abuso en la utilización del mismo hasta límites que suponen una verdadera alteración de las previsiones constitucionales al respecto⁸⁰. No queda pues sino concluir que pese a la previsión

⁷⁷ A. Carmona Contreras, <http://agendapublica.elpais.com/rizando-el-rizo-de-los-decretos-leyes>.

⁷⁸ Intervención del Diputado Campuzano i Canadés. DSCD 3 abril 2019, p.20.

⁷⁹ Real-Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁸⁰ En concreto se ha señalado el «escaso vigor de nuestro parlamentarismo y de la laxa interpretación jurisdiccional» del mismo, para fundamentar la evolución de la inicial concepción del Decreto-ley como modo instrumento normativo extraordinario para devenir en «cuasi ordinario de legislar», lo que ha causado «quebranto de nuestra forma de Estado», M. Aragon Reyes, *Uso y abuso del Decreto-ley. Una respuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid 2016, p. 18. Este autor ha planteado la propuesta de modificación del Decreto-ley en el sentido de introducir la obligatoriedad de la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, una vez convalidado aquél con una matización, siempre que se trate de Decretos leyes que establezcan medidas de carácter permanente y no exclusivamente temporal. Apostando por una reforma del Reglamento del Congreso para que cumpliera realmente su misión de norma provisional de carácter coyuntural y reforzando la legislación parlamentaria por su vocación de permanencia, p. 181.

constitucional de excepcionalidad, el Decreto-ley se ha convertido en una “herramienta normativa usual”⁸¹.

Abstract: La regulación constitucional del decreto-ley y la interpretación realizada por el Tribunal constitucional ha permitido a los sucesivos gobiernos un uso en algún caso abusivo de este instrumento normativo que repercute en el menor protagonismo del Parlamento como legislador.

Abstract: The constitutional regulation of the decree-law and the interpretation of the Constitutional Court allowed successive governments to abuse this regulatory instrument, with repercussions on the minor role of Parliament as legislator.

Parole chiave: elezioni – bipartitismo – forma di governo.

Key words: elecciones – bipartidismo – forma de gobierno.

⁸¹ L. Lòpez Guerra, *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 128.