

# SOBRE LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD DE LOS DECRETOS-LEYES

GERMÁN JOSÉ MARÍA BARREIRO GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social. Universidad de León

*Amigo Javier, amigo del alma, amigo...*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LÍMITES MATERIALES DEL DECRETO-LEY: MATERIAS EXCLUIDAS. III. LÍMITES FORMALES DEL DECRETO-LEY: LA EXISTENCIA DE PRESUPUESTO HABILITANTE.

## I. INTRODUCCIÓN

«*Lo que hubiese podido ser una figura excepcional y extraordinaria se ha convertido en una de las más sólidas y frecuentes de la actual actividad legislativa*». Esta afirmación sostenida por escrito por el Profesor JAVIER SALAS HERNÁNDEZ (1) hace casi cuarenta años, bajo un régimen político y jurídico muy distinto al actual, gozan no obstante de plena validez y actualidad, hasta el punto de resumir con gran acierto el panorama normativo español en cuanto se refiere a la institución de los Decretos-Leyes, dado el número ingente de supuestos en los cuáles el legitimado por el constituyente ha acudido a ellos al amparo de lo dispuesto en la Norma Fundamental de 1978.

Conocido es que el artículo 86.1 de la Constitución faculta al Gobierno a promulgar disposiciones legislativas con rango de ley y naturaleza provisional que tomarán la forma de Decretos-Leyes. Semejante

---

(1) «Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», *RAP*, núm. 51, 1966, p. 42.

habilitación conlleva romper el esquema de cualquier sistema fundado en la clásica división de poderes, dejando en manos del ejecutivo competencias en puridad sólo predicables del legislativo —en tanto las Cortes Generales, como representantes de la soberanía popular, son las verdaderas «depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario» (2)—, ampliando el campo de actuación normal del Gobierno en cuanto hace a la producción normativa, habida cuenta «junto a su papel de mayor presencia en la promoción de Leyes dentro del marco que define la Constitución, se pone a su disposición... un instrumento con el que atender necesidades que reclaman una acción legislativa inmediata» (3), permitiéndole modificar y reformar las normas emanadas del Parlamento, incluso a riesgo de incurrir en supuestos más que discutibles de deslegalización.

Una interpretación rígida de la separación de poderes llevaría a propugnar la proscripción de esta figura en los modelos democráticos; sin embargo, parece aconsejable permitirla en supuestos excepcionales, en aras a atender situaciones de absoluta necesidad, habilitando «un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (4). Por tal razón, y a pesar de la quiebra descrita, la técnica ha sido valorada positivamente, al menos en abstracto, en tanto permite afrontar con celeridad los retos a los cuáles se enfrentan los poderes públicos, sin tener que esperar a la, en demasiadas ocasiones, tortuosa y dilatada tramitación parlamentaria: no se tratará, en absoluto, de una técnica inscrita en la «protección extraordinaria del Estado» (art. 116), sino inscrita en una coyuntura contingente de normalidad institucional (5) en la que el Gobierno ejerce una competencia propia ante una situación de «anormalidad de tono menor» (6) para intentar solventarla.

(2) STCo 29/1982, de 31 de mayo.

(3) STCo 111/1983, de 2 de diciembre.

(4) STCo 6/1983, de 4 de febrero. Sobre las distintas teorías que justifican la inclusión del Decreto-ley en el Derecho Constitucional Europeo, por todos, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed. reimp., T. I, Madrid (Civitas), 2001, pp. 141 y 142.

(5) CRUZ VILLALÓN, P.: «La protección extraordinaria del Estado», en AA.VV. (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIER, A., Dirs.): *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid (Civitas), 1980, p. 684. Cuestión distinta es su utilidad, desde el punto de vista funcional, en el supuesto de «estado de alarma», CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo derecho de excepción. La Ley Orgánica 4/1981», REDC, núm. 2, 1981, p. 118. Por extenso, CARMONA CONTRERAS, A.M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1997, pp. 77-79.

(6) DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid (Ariel), 1987, p. 197.

La significada inmediatez deja sentir sus efectos principalmente en dos sectores: de un lado, en materia de política económica, permitiendo afrontar las crisis, adaptarse a las variables macroeconómicas o sacar ventaja de los tiempos de crecimiento económico con prontitud (7); de otro, en materia social (8), habida cuenta los distintos interlocutores solicitan la utilización de esta vía para ratificar bajo la forma de norma, y cuanto antes mejor, los acuerdos alcanzados, cuando no se trata de esenificar y cubrir carencias provocadas por los desacuerdos, en cuyo caso suelen ser denominados despectivamente «decretazos», en tanto la decisión unilateral del ejecutivo, al poner fin drásticamente al consenso social, viene a ser considerada por alguna de las partes implicadas como «arma arrojadiza» (9), al conllevar «una ruptura de las reglas implícitas sobre el modo en que habrían de producirse las variaciones en el sistema jurídico-laboral» (10).

He aquí, en esbozo, uno de los temas nucleares en el debate sobre la *ratio essendi* de esta fuente del derecho: considerarla un instrumento normativo «extraordinario», conforme postula un destacado sector de la doctrina para así mantener el *stare in pacis* de la división de poderes (11), o acabar optando —de la mano del propio Tribunal Constitucional

---

(7) Es lo que ha venido en denominarse «coyunturas económicas problemáticas, para cuyo tratamiento el Decreto-ley representa un instrumento constitucional lícito, en tanto pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica a la legislación de urgencia», STCo 11/2002, de 17 de enero.

(8) «La utilización de esta técnica legislativa por el Gobierno en este caso, se inscribe en una línea ya consolidada de recurso al Real Decreto-Ley para medidas de ordenación del mercado de trabajo... La urgencia que justifica el recurso al Real Decreto-Ley puede encontrarse, entonces como ahora, en la necesidad de evitar las distorsiones que podría provocar en el mercado de trabajo, en la utilización de las distintas formas de empleo y en la misma negociación colectiva, el retraso que supone la tramitación parlamentaria de una ley ordinaria que recogiera la regulación de esta figura», CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: «Dictamen 10/98, sobre el Anteproyecto de Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad», en *Dictámenes 1998*, Madrid (CES), 1999, p. 212.

(9) GARCÍA NINET, J.I.: «De la conveniente prudencia normativa», TSo, núm. 138, 2002, p. 6.

(10) SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Capítulo I: La reforma del despido y del desempleo mediante Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M., Dirs. y Coords.): *La reforma del despido y del desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*, Murcia (Laborum), 2002, p. 17.

(11) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 142; SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1988, pp. 627 y 628 ó JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Las diputaciones permanentes y el control sobre el decreto-ley», *REP*, núm. 15, 1982, pp. 39 y 40.

(12) y de otro grupo de autores (13)— por una «solución flexible y matizada» en torno a su significado político-jurídico en el marco de la *norma normarum* (14), de manera que se acepte acudir a esta solución normativa como una «posibilidad no traumática», «desdramatizándola» y aceptándola como un «instrumento “normalmente” integrado en el orden constitucional» (15), reconocido sólo en favor del ejecutivo estatal, y no —aun cuando no falta la controversia— de los diferentes autonómicos, salvo previsión habilitante en los Estatutos de Autonomía (16).

Con todo, y a pesar de las loas expuestas, una utilización abusiva y arbitraria la convierten en una fórmula solutoria «ciertamente peligrosa» (17), de ahí las cautelas adoptadas por el constituyente español, sometiendo su validez a la concurrencia de una serie de requisitos y a una fiscalización de la habilitación efectuada en favor del ejecutivo por parte de los otros dos poderes que componen el modelo fundamentado en la democracia parlamentaria (18).

En cuanto hace al primero de los aspectos, cabe apuntar sucintamente —pues sobre ambos se volverá más adelante con mayor detenimiento— la existencia de límites materiales y formales a esta potestad legislativa en manos del Gobierno.

---

(12) El cual parece, en principio, adherirse a la tesis doctrinal restrictiva, pero acaba cediendo ante «imponderables fácticos». Véase el tenor de las SSTCo 29/1982, de 31 de mayo y 6/1983, de 4 de febrero.

(13) Por todos, BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho (II). Ordenamiento del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid (Tecnos), 1992, p. 74, ó, con amplias referencias en tal sentido, SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Madrid (Tecnos), 1988, pp. 36 y ss.

(14) Sirva la referencia al tenor del Fundamento Jurídico 5 STCo 6/1983, de 4 de febrero.

(15) Con abundante aparato bibliográfico y argumental, CARMONA CONTRERAS, A.M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, cit., pp. 80-82.

(16) SALAS HERNÁNDEZ, J.: *Los Decretos-Leyes en la Constitución Española de 1978*, Madrid (Civitas), 1979, p. 136; sin embargo, entendiendo innecesaria tal incorporación al sistema de potestades normativas contenidas en el Estatuto, LASAGABASTER, I.: «Consideraciones en torno a la figura de los decretos-leyes y decretos legislativos en el ámbito autonómico», *RVP*, núm. 2, 1981, p. 109.

(17) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «En torno al Decreto-Ley (Comentario a la STCo 23/1993, de 21 de enero)», *REDT*, núm. 69, 1995, p. 108.

(18) «El artículo 86 de la Constitución habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante Decreto-Ley, normas con fuerza de Ley, pero en la medida en que ello supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime», STCo 182/1997, de 28 de octubre.

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 86 de la Constitución da cuenta de su carácter provisional como instrumento normativo (19) cuando obliga a ratificar la totalidad del texto aprobado, sometién-dolo a debate y votación ante el Congreso de los Diputados de manera inmediata, utilizando a tal fin un procedimiento especial y sumario — forzando incluso la convocatoria de la Cámara al efecto de no estar reunida por coincidir con un período de receso—, en el cual el Parlamento convalide o derogue la norma dictada en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación (20).

Se trata de un control de naturaleza estrictamente política y que, como tal, se ha «revelado muy débil» (21), habida cuenta rara vez las Cortés han acordado no convalidar la norma emanada del Gobierno, pues antes de su promulgación éste ha procurado buscarse los apoyos políticos correspondientes a fin de que sus pretensiones no se queden en agua de borrajas; es más, en la mayor parte de las ocasiones refuerzan la intención del ejecutivo, haciendo uso del apartado 3 del artículo 86 y tramitando como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia el contenido del Decreto-Ley. Adviértase, no obstante, cómo cuando la Cámara Baja se limita a convalidar el Decreto-Ley sin tramitarlo y aprobarlo como proyecto de ley (o en tanto esto sucede), no cabe considerar que la norma se haya convertido en Ley formal del Parlamento, pues su naturaleza permanece inalterable; de acudir a la posibilidad del artículo 86.3 de la Constitución, por contra, desembocará en una Ley que lo sustituirá tras su publicación en el ordenamiento jurídico.

Junto a esa fiscalización parlamentaria existe otra de naturaleza jurisdiccional, a ejercitar argumentando criterios y razones jurídicas. Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución tiene y debe jugar un papel relevante, verificando la constitucionalidad de la norma dictada

(19) Por todos, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *RAP*, núm. 106, 1985, pp. 148 y ss.

(20) «La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un Decreto-ley no produce una sanción del mismo, si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación, pues la "sanción" sólo podría producirse mediante su transformación en ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria. Lo que el artículo 86.2 de la Constitución llama "convalidación" es más genuinamente una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino», STCo 6/1983, de 4 de febrero.

(21) SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en AA.VV. (MARTÍN-RETORTILLO, S., Coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. I, Madrid (Civitas), 1991, p. 325.

y, sin entrar a enjuiciar la oportunidad política de la medida por estarle vedada semejante prerrogativa (22), ha de sancionar el uso fraudulento de esta figura. Sin embargo, no parece que en la práctica dicha fiscalización se haya mostrado como demasiado incisiva, concediendo gran margen de actuación al ejecutivo, al interpretar con ductilidad los requisitos establecidos en la Constitución (23).

## II. LÍMITES MATERIALES DEL DECRETO-LEY: MATERIAS EXCLUIDAS

El ámbito de actuación de esta fuente del Derecho no aparece delimitado en la Constitución de manera positiva, sino negativa, mediante una lista de excepciones, proscribiendo su utilización en orden a regular una serie de materias consideradas esenciales para el funcionamiento del Estado y respecto a las cuáles el procedimiento legislativo ordinario no puede verse en ningún caso alterado; en consecuencia, el papel protagonista nunca podrá quedar residenciado en manos del poder ejecutivo, con una participación secundaria de las Cortes Generales.

---

(22) «El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función y, a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático» [STCo 111/1983, de 2 de diciembre]. Así, «el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario» [STCo 182/1997, de 28 de octubre]. En consecuencia, lo que incumbe a dicho órgano es «el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad formal de la norma, lo que ha de realizarse a través de dos vías: el ajuste de la misma en concreto a la relación genérica de materias que el Decreto-ley puede comprender, y la observancia de la relación de adecuación entre la respuesta normativa dada a la situación motivadora y la urgencia que la justificó, pues, aunque la observancia de los límites genéricos del artículo 86 de la Constitución pueda haber existido y el Congreso de los Diputados pueda haber homologado el Decreto-ley, siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho» [STCo 6/1983, de 4 de febrero].

(23) Como se ha apuntado, se trata de «un control con grandes virtualidades que, en la práctica, digámoslo sinceramente, tampoco se ha revelado especialmente incisivo, no sólo a la hora de declarar, en su caso, la inconstitucionalidad de Decretos-leyes cuestionados ante el mismo —o los preceptos concretos de éstos—, que lo ha hecho en algunas ocasiones, sino, sobre todo, a la hora de sentar jurisprudencia, es decir, de establecer una doctrina que pudiera servir de advertencia al Gobierno para moderar la, a todas luces, excesiva utilización de la técnica a que nos estamos refiriendo», SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, pp. 325 y 326.

De esta manera, y *ex* artículo 86.1 *in fine* de la Constitución, los Decretos-Leyes «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general».

Se trata de una cláusula restrictiva de interpretación nada sencilla, pues en la comprensión del término «afectar» no cabe acudir a criterios hermenéuticos ni demasiado extensos, concediéndole un contenido literal amplísimo y reduciendo a la nada un cauce normativo previsto por la Constitución, ni demasiados reducidos, avalando cualquier forma de incidencia, con independencia de su intensidad, en el ordenamiento de dichas instituciones y permitiéndole actuar en una faceta prohibida por el ordenamiento (24). Sobre la indeclinable premisa anterior, el intérprete habrá de ponderar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto a fin de valorar si la regulación emanada del ejecutivo invade o no campos vedados.

Junto a los límites objetivos enumerados expresamente en el menado precepto, el Tribunal Constitucional sitúa también cuantos se deduzcan racionalmente de otras previsiones de la Constitución, significativamente «las materias reservadas a Ley Orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expressis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley» (25).

### III. LÍMITES FORMALES DEL DECRETO-LEY: LA EXISTENCIA DE PRESUPUESTO HABILITANTE

Uno de los requisitos *sine qua non* para considerar constitucional la utilización de un Decreto-Ley viene dado por «la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante» (26), delimitado a partir de la concurrencia de una situación de necesidad, adjetivada por los rasgos de «extraordinaria urgencia», donde lo urgente se convierte en capital (satisfacer conveniente-

(24) SSTCo 111/1983, de 2 de diciembre; 60/1986, de 20 de mayo y 3/1988, de 21 de enero. Siguiéndolas, en ejemplar análisis, SSTSJ, Social, Aragón 21 noviembre 2002 (Ar. 3372) y 15 enero 2003 (Ar. 287).

(25) STCo 60/1986, de 20 de mayo. Considerando inconstitucional el recurso a otras normas distintas de la ley en sentido estricto cuando así lo exija un precepto constitucional, STCo 93/1988, de 24 de mayo.

(26) STCo 182/1997, de 28 de octubre.

mente la carencia detectada) y la mención «extraordinaria» —según se ha avanzado—, sin llegar a ser pleonástica, carece de una significación sustantiva y autónoma en relación a la concreta situación a regular: «constituye un elemento de hecho exterior que conceptualmente no viene cambiar los términos de la genérica fórmula constitucional; simplemente muda su consistencia cuantitativa aunque sin alterarla desde un punto de vista cualitativo» (27), sino es para calificarla por la nota de imprevisibilidad o, al menos, de una previsibilidad «no exigible a un Gobierno atento».

Se trata pues de una referencia calificada por la mayor parte de la doctrina científica como concepto jurídico indeterminado (28) y, por tanto, carente de una definición abstracta y general en la Norma Fundamental (29), circunstancia que no empece considerarlo como «el instrumento más útil» (30) para fiscalizar su uso, habida cuenta no ha de ser considerada en modo alguno como «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-Leyes» (31), pudiendo llegar a concretarse a través de la utilización de pautas eminentemente jurídicas.

Por tal razón, en la construcción del término ha jugado un papel fundamental el Tribunal Constitucional, adoptando una actitud ciertamente permisiva al respecto y acudiendo a criterios hermenéuticos cla-

---

(27) CARMONA CONTRERAS, A.M.: *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, cit., p. 76.

(28) Para algunos autores, aludir aquí a conceptos jurídicos indeterminados carece de sentido; lo que presenta realmente trascendencia es demostrar en un supuesto concreto que el Gobierno dicta un Decreto-Ley con una finalidad concreta, ajena a la situación alegada o bien que no se invoca ninguna. En tal sentido, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: «El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid (Civitas), 1989, pp. 830 y 831; LÓPEZ-MELENDO LANNES, J.: *Decreto-Ley en materia tributaria y presupuestaria*, Madrid (Mc Graw Hill), 1996, p. 33 ó SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, cit., pp. 123-124 y 131.

(29) Se trata de un concepto «cuyo alcance no puede precisarse a priori, pero sí caso por caso en función de las circunstancias coetáneas e, incluso, posteriores (un retraso notable en la publicación del Decreto-ley obviamente desmentiría la urgencia de su adopción) a su aplicación y que, a la vista de éstas, no admiten sino una sola solución justa (o la necesidad existe y es realmente extraordinaria y urgente o no existe con caracteres tales)», GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 143.

(30) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «En torno al Decreto-Ley...», cit., p. 113.

(31) SSTCo 182/1997, de 28 de octubre y 11/2002, de 17 de enero.

ramente flexibilizadores en el momento de valorar en cada caso concreto si concurría o no el presupuesto constitucional habilitante (32). Así, los numerosos pronunciamientos del intérprete de la Constitución permiten diseñar, a grandes trazos, las siguientes líneas de tendencia sobre el particular:

1º. Los órganos de dirección del Estado acaban siendo competentes para apreciar cuándo concurre una situación de extraordinaria y urgente necesidad, quedando sometidos a un juicio puramente político los supuestos en los cuáles se considera necesario el establecimiento de una norma por vía de Decreto-Ley (33); sin perjuicio, como ha sido expuesto, de su control jurídico constitucional *a posteriori* en cuantas ocasiones la medida carezca de justificación alguna.

2º. El analizado margen de discrecionalidad concedido al Gobierno no puede terminar convertido en arbitrariedad. La calificación realizada por el ejecutivo ha de ser explícita y razonada, mediando «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-Ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (34).

Ahora bien, como ha sostenido el propio Tribunal Constitucional dicha motivación no ha de ser exigida como «una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación

---

(32) El Tribunal Constitucional ha abordado el asunto «desde una perspectiva integradora que, en función de la realidad cotidiana en la que operan los gobiernos temporáneos, confiere a la cláusula renovados contenidos», CARMONA CONTRERAS, A.M. y CALVO GALLEGO, F.J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley: sobre los posibles excesos en la apreciación de la urgencia y de la delegación reglamentaria en el RDL 5/2002», *RL*, núm. 4, 2003, p. 218.

(33) Entre muchas, SSTCo 29/1982, de 31 de mayo; 177/1990, de 15 de noviembre; 182/1997, de 28 de octubre ó 11/2002, de 17 de enero.

(34) STCo 182/1997, de 28 de octubre.

parlamentaria de las leyes» (35), siendo perfectamente lícita su utilización en cuantas ocasiones la administración efectiva del país requiera una acción normativa inmediata o la coyuntura económica demande una solución rápida (36).

Sobre la indeclinable premisa anterior, en este ámbito es donde se encuadran las prerrogativas de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, cuya misión de control presenta un doble cauce de actuación (37): de un lado, constatar la existencia de una situación de urgencia en sí misma considerada; de otro, verificar el forzoso nexo causal o relación de adecuación entre la premura estimada por el autor de la norma y las medidas efectivamente puestas en práctica para hacer frente, desde el punto de vista de la normativa excepcional, una circunstancia necesitada de un remedio caracterizado por su emergencia y celeridad (38).

Expresado en otros términos, el órgano constitucional ha de indagar la presencia de las circunstancias exigidas por el constituyente, y no tanto la causa invocada en aval de la legislación de urgencia, con independencia de si la motivación efectuada por el Gobierno resulta más o menos convincente (39).

De esta manera, viene obligado a garantizar que cuando se ejercita esta facultad tenga lugar dentro de las concretas coordenadas facilitadas por la Constitución, quedando facultado para «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (40) y declarar la inconstitucionalidad de no concurrir el presupuesto habilitante e invadir las prerrogativas reservadas al poder legislativo (41).

Hasta aquí un razonamiento alambicado en teoría impecable; en la práctica, sin embargo, «dejar en manos del Gobierno la apreciación *discrecional* de la concurrencia del presupuesto, reservando exclusivamen-

---

(35) STCo 6/1983, de 4 de febrero. En el mismo sentido, SSTCo 29/1986, de 20 de febrero; 60/1986, de 20 de mayo; 23/1993, de 21 de enero; 225/1993, de 8 de julio ó 228/1993, de 9 de julio.

(36) STCo 177/1990, de 15 de noviembre.

(37) Siguiendo en la exposición la STCo 11/2002, de 17 de enero.

(38) «A tal efecto, el TC se limita a realizar un análisis en términos de proporcionalidad, orientado a la verificación de la existencia de una efectiva relación teleológica entre la circunstancia de urgente necesidad definida por el Gobierno (fin) y las normas contenidas en el Real Decreto-Ley para su superación (medio)», CARMONA CONTRERAS, A.M. y CALVO GALLEGU, F.J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley...», *cit.*, p. 220.

(39) STCo 60/1986, de 20 de mayo.

(40) STCo 29/1982, de 31 de mayo.

(41) STCo 11/2002, de 17 de enero.

te —y en último extremo— el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente «abusiva o arbitraria», supone afirmar que tal requisito entra en el ámbito de lo estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada». Tal es así que, al final, la motivación muchas veces se efectúa acudiendo a fórmulas rituaras y en otras, incluso, ni siquiera se hace la más mínima alusión a la necesidad y a la urgencia (42); más aún, habiendo sostenido la exigencia de proporcionalidad («conexión de sentido» (43)) entre las medidas contenidas en los Decretos-Leyes y la situación de extraordinaria y urgente necesidad invocada, cuando se relaja o relativiza este último parámetro, poco menos que se da carta blanca para adoptar cualesquiera sin posible control técnico, político o de oportunidad. El único exceso a corregir vendrá dado por la absoluta falta de conexión, la pura arbitrariedad bajo la forma de exceso de poder legislativo (44).

3°. Constituyen indicios jurídicamente controlables sobre la concurrencia o no del presupuesto habilitante tanto los elementos capaces de impulsar al Gobierno a dictar el Decreto-Ley, a extraer de la propia Exposición de Motivos, el debate parlamentario de convalidación o el expediente de elaboración (45), como las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales perseguidos con la promulgación del texto legal (46); en fin, y por supuesto, considerando los intervalos temporales existentes en la aprobación, publicación, entrada en vigor y efectos de la norma (47), no en vano las medidas que contenga han de ser, por su propia naturaleza, de inmediata ejecución, pues de lo contrario no justificarían su aprobación al decaer las razones que impiden la tramitación de un proyecto de ley. La valoración conjunta de todos estos factores permitirán al intérprete contrastar con mayor fiabilidad si concurre la pretendida necesidad extraordinaria y urgente.

---

(42) SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, p. 275. (Análisis ejemplificativo de varios Decretos-Leyes y su falta de motivación en notas 40 y 41, p. 277).

(43) Parafraseando al Tribunal Constitucional, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *cit.*, p. 119.

(44) SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, *cit.*, p. 134.

(45) SSTCo 29/1982, de 31 de mayo y 182/1997, de 28 de octubre

(46) STCo 6/1983, de 4 de febrero.

(47) STCo 23/1993, de 21 de enero.

4º. El espacio de apreciación en manos del Gobierno en cuanto hace a la concurrencia del presupuesto habilitante (respecto del conjunto normativo o sólo en cuanto hace a alguno de sus preceptos, lo cual es especialmente interesante, dado el carácter habitualmente heterogéneo de su contenido) (48), junto con la posterior convalidación realizada por el Congreso, vienen a conformar una especie de presunción *iuris tantum* en favor de la constitucionalidad del Decreto-Ley promulgado, provocando *de facto* una alteración en la carga de la prueba, al no ser el Gobierno quien ha de acreditar las circunstancias excepcionales, sino que sobre los impugnantes recaerá el *onus* de argüir motivos y razones capaces de convencer al Tribunal sobre la actuación abusiva y arbitraria del poder ejecutivo en el caso concreto (49).

Partiendo de tales datos, los argumentos expuestos llevan a adherirse a aquella posición doctrinal conforme a la cual no concurrirá el presupuesto habilitante cuando la regulación pueda ser atendida mediante la aprobación de una Ley por las Cortés Generales («en cualquiera de sus modalidades, ni siquiera en aquéllas que permitan acortar considerablemente los plazos», como el procedimiento de urgencia, la aprobación en Comisión con competencia legislativa plena o la tramitación en lectura única) (50), ni tampoco si contiene disposiciones que, «por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente» (51), y no presentan, por ello, un tratamiento innovador de una materia.

En este contexto la «extraordinaria» necesidad de la medida presenta una doble dimensión: su lejanía de las previsiones normales y su gravedad, capaz de hacer improcedente —incluso temerario— no afrontar la circunstancia con carácter inmediato, ofreciendo una solución rápida y eficaz a una situación coyuntural de muy difícil predicción en circunstancias ordinarias; la urgencia, por su parte, «evoca estados de perentor-

---

(48) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «En torno al Decreto-Ley», *cit.*, p. 115.

(49) SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, p. 326. «Todo ello requerirá una ajustada y completa argumentación de quienes eventualmente impugnen la constitucionalidad de un determinado Decreto-ley, sin que baste una mera invocación de sus vicios para que el Tribunal acepte como probadas la falta de urgencia del asunto o la de adecuación de las decisiones adoptadas», ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *cit.*, p. 120.

(50) SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, p. 274 ó LAVILLA ALSINA, L.: «Sobre los Decretos-Leyes», en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, *cit.*, p. 620.

(51) STCo 29/1982, de 31 de mayo.

riedad» (52), constituyendo «elemento central de la fórmula constitucional... la premura temporal en la adopción de la medida» (53).

Con todo, y a pesar de los criterios reseñados, ha sido práctica habitual en el ejecutivo utilizar masivamente la «coartada» (54) del recurso al Decreto-Ley en cuantas circunstancias convenía a sus intereses, a fin de sacar adelante un programa político concreto, quedando en entredicho en muchas ocasiones —más de las deseadas— la acreditación real del presupuesto habilitante, al presentarse dudas ciertamente razonables sobre la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad, por hacer frente a problemas que nada tienen de coyunturales, o no necesitan una apremiante actuación (patente cuando se dejan pasar importantes intervalos entre aprobación y publicación o en algún caso realmente escandaloso en el cual se aplaza la entrada en vigor justo el tiempo —dos meses— en que se tardaría en tramitar un proyecto de ley por vía de urgencia) (55) a través de la promulgación de una norma con rango legal.

De este modo, la lógica constitucional se ha visto alterada, siendo pauta común «acudir a esta cómoda figura excepcional y, acto seguido, justificar de modo nominal y genérico su utilización en los correspondientes preámbulos de las disposiciones en cuestión» (56). Queda así burlada la tradicional división de poderes, utilizando con demasiada frecuencia una tramitación parlamentaria más desahogada para el ejecutivo, al punto de convertir en asiduo y corriente (57)

---

(52) VALDES DAL-RE, F.: «Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I)», *RL*, núms. 15-16, 2002, p. 7.

(53) CARMONA CONTRERAS, A. y CALVO GALLEGU, F.J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley...», *cit.*, p. 219.

(54) GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Capítulo I. Estudio preliminar. Una nueva reforma del desempleo y el despido: análisis general de la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad», en AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Dir.): *El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002*, Murcia (Laborum), 2002, p. 13.

(55) En referencia al Decreto-Ley 14/1981, de 20 de agosto, y otros en los que el factor temporal mueve a apreciar la irregularidad, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *cit.*, p. 121, notas 38 y 39.

(56) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La abusiva utilización del Decreto-Ley como política de empleo», *RDS*, núm. 19, 2002, p. 90.

(57) «Una fuente que se extiende en la actualidad a casi la quinta parte de la producción de normas de rango legal en nuestro ordenamiento no puede entenderse sino como un mecanismo ordinario de producción jurídica, salvo que partamos de un concepto del mundo tan dinámico. Para entender que ese es justamente el porcentaje de situaciones de extraordinaria y urgente necesidad sobre todas aquellas que requieren una acción normativa de este rango», BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho...*, *cit.*, p. 75.

un instrumento que no ha de merecer otro calificativo sino el de excepcional (58).

La tendencia significada viene avalada por los flexibles cánones hermenéuticos utilizados por el máximo intérprete de la Constitución, capaces de llevar a considerar plenamente constitucionales la mayor parte de estas normas (de hecho, nunca ha declarado la inconstitucionalidad por faltar el presupuesto habilitante), habida cuenta el amplio margen de discrecionalidad concedido al Gobierno para utilizar esta técnica a situar, como se ha dicho, en los objetivos perseguidos por la acción legislativa de naturaleza inmediata y en el escaso campo de maniobra del Tribunal, el cual únicamente vendrá habilitado para declarar la inconstitucionalidad del instrumento normativo elegido en los supuestos de uso abusivo y arbitrario.

Así pues, el Tribunal Constitucional, en lugar de especificar cuándo concurre una situación de necesidad capaz de legitimar el uso de esta fuente del Derecho, parte de la operación contraria: comprobar la existencia de alguna circunstancia en la cual quepa reputar su utilización como ilícita (59).

Los antecedentes reseñados llevan a demandar una utilización más metódica que impida justificar el presupuesto habilitante para resolver problemas estructurales, «carentes por completo del atributo de coyunturalidad» (60), soslayando la participación del Parlamento y sustrayéndole unas competencias que sólo a él pertenecen.

Cabe asumir, por tanto, una teoría más exigente tendente a identificar la situación de necesidad con circunstancias «inusuales, perentorias, anormales o imprevisibles» (61), capaces de acotar con mayor precisión la discrecionalidad del poder público, circunscribiéndola a aque-

---

(58) «La frecuente utilización de esta vía no es argumento para confirmarla, sino para valorarla críticamente, y para corregir una tendencia que aunque haya podido justificarse en determinados y puntuales momentos, no puede significar convertir en regla lo que debe ser una excepción. No se trata sólo de la posible extralimitación por el Gobierno de esa facultad legislativa, que podrá remediar su anunciada futura conversión en ley, sino de si la legislación de urgencia permite una elaboración sosegada de la ley, el contraste de ideas y pareceres que requiere toda medida legislativa», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La nueva dimensión de la protección del desempleo», *RL*, núm. 13, 2002, p. 4.

(59) SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, cit., p. 109.

(60) VALDES DAL-RE, F.: «Reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I)», cit., p. 8.

(61) CARMONA CONTRERAS, A.M. y CALVO GALLEGO, F.J.: «Técnica normativa y papel del Real Decreto-Ley...», cit., p. 231.

llas ocasiones en las cuales se hace imprescindible «una acción bien singularizada de intervención en una situación excepcional» (62).

Con ello, se impediría al Gobierno acudir de manera reiterada a la figura estudiada cuando convenga a sus intereses políticos, y a preocuparse más sobre lo ajustado a Derecho del instrumento utilizado para alcanzar los objetivos perseguidos, pues sobre su actuación penderá, cual espada de Damócles, una hipotética declaración de inconstitucionalidad de no quedar acreditados los elementos descritos.

Actuar de otro modo significaría conceder una patente de corso al ejecutivo, quien, llevando la situación al extremo, vendría legitimado para acudir a esta técnica legislativa en cualquier momento y circunstancia, con sólo argumentar, por ejemplo, y de manera abstracta y genérica, razones de naturaleza macroeconómica para quebrar el procedimiento legislativo ordinario, y no parece ser esa la intención del constituyente cuando fijó los límites del Decreto-Ley en los términos expresados, pues abocaría (aboca en muchos casos) a sustituir la imprevisión y gravedad por la conveniencia y la urgencia por la comodidad (63).

En fin, las prisas en numerosas ocasiones no son buenas consejeras y llevan a utilizar la figura analizada de manera poco eficaz, causando mayores problemas que aquéllos cuya solución se pretende alcanzar, al promulgar normas carentes de cualquier reflexión y debate, técnicamente muy criticables (y este es uno de los aspectos que ni el Tribunal Constitucional puede corregir) (64) y sin el adecuado reposo en su elaboración, cuyas previsiones, ante la contestación suscitadas son modificadas en pocos meses, sometiendo el ordenamiento a continuos vaivenes, nada aconsejables en pro de alcanzar una seguridad jurídica tan deseable como muchas veces (a lo que parece) inalcanzable. Acabando con quien se comenzó y a quien se rinde homenaje, el Profesor JAVIER SALAS HERNÁNDEZ, conviene advertir cómo *«el hecho de que la práctica constitucional de una institución haya ido por un camino en mayor o menor medida distinto del previsto por el constituyente no ha de llevarnos a forzar la interpretación de la norma constitucional que regula dicha institución para "acomodarla" a la referida práctica; y*

(62) STCo 111/1983, de 2 de diciembre.

(63) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I.: «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *cit.*, p. 122.

(64) STCo 29/1982, de 31 de mayo. Un comentario al respecto en SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El lugar del Decreto-Ley en el cuadro de fuentes jurídico-laborales», *RPS*, núm. 135, 1982, p. 247.

*ello aun cuando, por el camino que vamos, hacer crítica en este campo puede ser predicar en el desierto. Pero no por ello vamos a dejar de hacerlo» (65).*

---

(65) «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *cit.*, pp. 268 y 325.