

USO Y ABUSO DEL DECRETO-LEY

ESTANISLAO ARANA GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO-LEY COMO UNA FUENTE DEL DERECHO DE NATURALEZA EXCEPCIONAL.— II. USO Y ABUSO DEL DECRETO-LEY EN LA ACTUALIDAD: UNA REALIDAD ALEJADA DE SU CONSIDERACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DE UTILIZACIÓN EXCEPCIONAL: 1. *Extraordinario aumento del número de decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español a partir de 2008.* 2. *Razones formales esgrimidas por los gobiernos central y autonómicos para justificar la aprobación de decretos-leyes:* A) Crisis económica. B) Transposición autonómica por decreto-ley de la Directiva de Servicios. C) Adaptación a la legislación urbanística básica o de aplicación plena del Estado por parte de las Comunidades Autónomas. Otros dudosos supuestos de utilización de decretos-leyes en materia urbanística. D) El remate del abuso: el decreto-ley singular.—III. EL CONFUSO PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES HABILITANTES PARA EL USO DE DECRETOS-LEYES.—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El decreto-ley es una fuente del Derecho de naturaleza y utilización excepcional. La potestad que tiene el poder ejecutivo para dictar este tipo de normas con rango de ley sólo debería ejercerse en casos de verdadera y auténtica «extraordinaria y urgente necesidad». A pesar de ello, la situación de crisis económica por la que atravesamos está amparando, por parte del ejecutivo central y los autonómicos, un uso absolutamente desproporcionado y, por tanto, contrario a los principios constitucionales que sustentan el Estado de Derecho y el sistema parlamentario occidental. Pero es que, además, este fenómeno está provocando la revitalización de una institución que también debería tener una presencia mínima, la ley singular, que a través del decreto-ley está viviendo una segunda juventud poniendo en peligro, entre otros, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: decreto-ley; uso desproporcionado; ruptura del principio de división de poderes; ley singular; vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The decree-law (or royal decree) is a source of law that might be exceptional and limited in use. The government's powers to issue such regulations with

force of law should be exercised only in cases of true and authentic «extraordinary and urgent need». Nevertheless, the economic crisis that we are currently facing is forcing, by the central and regional governments, to accomplish a disproportionate use of this kind of rules and, therefore, is getting contrary to the constitutional principles, meanly the rule of law and parliamentary system in modern democracies. But this is also leading to the revitalization of an institution that should have a minimal presence, «singular law» through decree-law which is living a second youth affecting, among others, the human right to the judicial review.

Key words: decree-law (or royal decree); disproportionate use; breach of the principle of separation of powers; singular law; breach of the fundamental right to judicial review.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO-LEY COMO UNA FUENTE DEL DERECHO DE NATURALEZA EXCEPCIONAL

La situación de crisis económica, social e institucional en la que vivimos instalados, quizás ya demasiado tiempo, está provocando cambios en todos los órdenes y ámbitos de nuestra vida. Ni siquiera el tradicionalmente tranquilo mundo de las fuentes del Derecho permanece inalterado. De todos los cambios que en este ámbito se están produciendo, el que, bajo mi punto de vista, peores consecuencias está generando es el que tiene lugar con el uso y abuso del decreto-ley. Un uso exagerado desde un punto de vista cuantitativo y muy alejado de sus presupuestos constitucionales si observamos el fenómeno desde una perspectiva cualitativa.

El uso excepcional de esta fuente del Derecho en manos del poder ejecutivo ha pasado a mejor vida, legislándose de manera cotidiana y habitual a través de esta figura, ideada históricamente para resolver situaciones extraordinarias y que, por tanto, no podrían ser solucionadas por la fórmula legislativa ordinaria, conforme a la que es el Parlamento el que asume el protagonismo a la hora de dictar normas con rango de ley.

Esta, bajo mi punto de vista, alteración constitucional tiene consecuencias muy graves para el ordenamiento jurídico y, sobre todo, para nuestra concepción de Estado de Derecho, por cuanto que se pervierte el principio de división de poderes que aporta equilibrio en el ejercicio del *imperium* estatal. Pero junto a esta distorsión, si se quiere teórica, en muchas ocasiones se está atentando de forma peligrosa a los derechos de los ciudadanos al entrar a regularse situaciones individuales y singulares a través de normas con rango de ley. La perversa y

criticada figura de la ley singular vive, a través del decreto-ley, una segunda juventud¹.

La Constitución española —CE— de 1978 (art. 86), siguiendo el modelo italiano, mantiene la posibilidad de que el gobierno dicte normas con rango de ley bajo la forma de decreto-ley, pero tratando de reducir su uso a situaciones excepcionales y dotando a esta norma de un carácter provisional necesitado de ratificación parlamentaria inmediata. Su denominación refleja muy bien su naturaleza: es «decreto», esto es, una norma dictada por el gobierno en ejercicio de poderes propios y directos —no de previa habilitación parlamentaria—, y es «ley», norma con la misma fuerza o rango que las que emanan del Parlamento. El ser dos cosas a la vez revela que tiene un carácter singular, excepcional y provisional, tal y como el Tribunal Constitucional recuerda, por ejemplo, en su sentencia 137/2011, de 14 de septiembre: «*en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa*».

El artículo 86 CE utiliza un típico concepto jurídico indeterminado para amparar el uso de este instrumento jurídico: «extraordinaria y urgente necesidad»². Además, la Constitución española de 1978 intro-

¹ Acerca del origen del decreto-ley como fuente del Derecho administrativo, véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 627 a 643. Analizando, con carácter general, el decreto-ley, véanse también P. SANTOLAYA MACHETTI, «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley», en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004; M. PULIDO QUECEDO, «Decreto-Ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 704, 2006, BIB 2006\497; R. NARANJO DE LA CRUZ, «La reiteración de los Decretos-Leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1998, págs. 257-280; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Los Decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2003, págs. 23-43; I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985; R. TUR AUSINA, «La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999, págs. 91-118; M. A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El Gobierno por Decreto*, Pamplona, 1997.

² Analizando este concepto jurídico indeterminado y su aplicación al decreto-ley, véanse J. SALAS, «Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966, págs. 41-96; A. PALOMAR OLMEDA, «La urgencia como método: a propósito de la utilización del decreto-ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 2010, BIB 2010\1483; A. L. SANZ PÉREZ, «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2007, BIB 2007\1266; M. PULIDO QUECEDO, «Decreto-Ley, sin urgencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 730, 2007, BIB 2007\704; del mismo autor, «La apreciación de la urgencia y necesidad en los Decretos-leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2005, BIB 2005\2712; G. BARRERO GONZÁLEZ, «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003 (ejemplar dedicado a número monográfico sobre «Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández»), págs. 45-60; A. M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Ed. Centro de Es-

duce unos límites formales y materiales al decreto-ley. Formalmente, la competencia para dictar decretos-leyes corresponde en exclusiva al gobierno; además, en segundo lugar, esta fuente del Derecho es una norma provisional que adquiere inmediatamente fuerza de obligar, pero con vigencia de treinta días hasta que el Parlamento no lo convalide³. Desde el punto de vista material, el artículo 86 de la Constitución española establece también una serie de límites materiales en los que se excluye una intervención sustancial a través de este singular producto normativo. Dados los términos tan genéricos utilizados por la CE, ha tenido que ser la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que precise tanto los ámbitos materiales realmente excluidos como el grado de intervención vedado al decreto-ley⁴.

II. USO Y ABUSO DEL DECRETO-LEY EN LA ACTUALIDAD: UNA REALIDAD ALEJADA DE SU CONSIDERACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO DE UTILIZACIÓN EXCEPCIONAL

1. *Extraordinario aumento del número de decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español a partir de 2008*

A pesar de los límites con que nuestro sistema jurídico constriñe al gobierno para dictar normas con rango de ley, la realidad constitucional no ha seguido por estos derroteros, pudiendo afirmar, desde este momento, que se ha producido un uso abusivo e incorrecto de la figura del decreto-ley. Tanto desde un punto de vista cuantitativo, esto es, por el número de veces que el gobierno central antes y ahora también los autonómicos utilizan esta fuente del Derecho, como desde el punto de vista cualitativo, esto es, por las situaciones que tratan de resolverse a través del decreto-ley, me temo que la realidad constitucional actual está bastante alejada de la que los constituyentes de 1978 pensaron para este tipo de norma con rango de ley que emana del gobierno.

Desde 1990 a 2008 (año en el que a estos efectos podemos situar el inicio de la crisis económica), los decretos-leyes representaban un 24%

tudios Políticos y Constitucionales, 1997, y, de la misma autora, «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, 1997, págs. 255-278; A. S. DE VEGA GARCÍA, «La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990.

³ Desde 2008, el porcentaje se distribuye en 80,7% que se convalidan frente al 19,7% que se tramitan como proyecto de ley.

⁴ Sobre esta cuestión, con carácter general, véase J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Los límites materiales del decreto-ley en la Constitución*, Milladoiro, 1988. Un análisis actualizado sobre cómo interpretar estos límites constitucionales al decreto-ley puede verse en la reciente sentencia 237/2012, de 13 de diciembre.

de las normas con rango de ley aprobadas por el Estado. Desde 2008 hasta finales de 2012, este porcentaje, también a nivel estatal, sube hasta el 41%. Casi la mitad de las normas que con rango de ley se han aprobado en este período de tiempo se ha hecho a través de decretos-leyes. Si en los cuatro años mencionados el porcentaje alcanza ese número, si nos centramos, exclusivamente, en el año 2012 el dato es más alarmante. Nada menos que 29 decretos-leyes, por sólo 17 leyes ordinarias y ocho orgánicas, se han aprobado en el Estado durante este período. El dato habla por sí solo.

Pero si, desde este punto de vista cuantitativo, la situación es crítica en el Estado, desde que se produjeron las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía habilitando algunas de ellas a dictar decretos-leyes, la utilización por parte de aquéllas de esta fuente del Derecho puede calificarse, en muchos casos, de alarmante, tanto por el abuso en el uso de la figura como por la teórica menor presencia de situaciones que habiliten esta técnica o herramienta normativa conforme a los postulados clásicos. Sin ánimo de exagerar sino simplemente constatando la realidad, muy pocos de los decretos-leyes aprobados hasta la fecha por las Comunidades Autónomas se aprueban en situaciones realmente extraordinarias y urgentes que merezcan la excepcional ruptura de los esquemas clásicos de la división de poderes, permitiendo al poder ejecutivo dictar normas con rango de ley⁵. Luego veremos algunos ejemplos que corroboran esta afirmación.

La Constitución de 1978 guardó silencio acerca de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas utilizaran la figura del decreto-ley. Este silencio se trasladó a los primeros Estatutos de Autonomía. Sin embargo, como reflejo del continuo y progresivo aumento de protagonismo del poder ejecutivo en el sistema político occidental, desde distintos ámbitos se reclamaba la conveniencia de que los gobiernos de las Comunidades Autónomas dispusieran de esta extraordinaria potestad de dictar normas con rango de ley. Finalmente, los Estatutos de Autonomía de segunda generación han reconocido como novedad los de-

⁵ Sobre la problemática decretos-leyes y Comunidades Autónomas, véanse LL. AGUILÓ LÚCIA, «Sobre los Decretos-Leyes Autonómicos: crónica de la actividad legislativa», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 41, 2012, págs. 407-411; F. J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «El decreto-ley como instrumento ordinario de gobierno en Andalucía», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2011; F. J. DONAIRE VILLA, *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos*, Ed. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 2012 (http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/IEA_78.pdf); O. HERRÁIZ SERRANO, «Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2011; R. GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE, «Consideraciones acerca de los decretos-leyes en el ámbito autonómico», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 25, 2011.

cretos-leyes en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas. Concretamente, las Comunidades Autónomas de Valencia, Cataluña, Andalucía, Baleares, Extremadura, Castilla y León, Navarra y Aragón han sido las que han incorporado el decreto-ley a su entramado jurídico e institucional.

El reconocimiento de esta figura normativa ha tenido lugar a pesar de las razones que, sobre todo desde la doctrina científica, se esgrimían para oponerse a esta posibilidad, que, finalmente, fue aceptada. En primer lugar, las Comunidades Autónomas cuentan con asambleas legislativas pequeñas y unicamerales que podrían resolver casi cualquier situación por los procedimientos legislativos ordinarios. Además, como señalan BAÑO LEÓN y BOIX⁶, si durante veinte años las Comunidades Autónomas han podido gestionar sus situaciones de crisis sin esta figura, ¿por qué ahora se vuelve tan imprescindible? Pero, por si estas dos razones no fuesen suficientes, existe para mí otra que resulta más importante y que, desgraciadamente, como luego veremos con algunos ejemplos concretos, ha dejado de ser una mera hipótesis para convertirse en realidad. La posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan dictar decretos-leyes es peligrosa por cuanto que eleva las posibilidades de que los gobiernos utilicen esta herramienta al resultar más sencilla de aprobar que, incluso, las normas reglamentarias y, a veces, que simples actos administrativos. Se produce el fenómeno de «blindaje jurídico autonómico» a través de decretos-leyes que, en muchas ocasiones, merman los derechos de los ciudadanos, vulnerándose, sobre todo, su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto que no tendrán capacidad de defenderse judicialmente y a título individual frente a normas con rango de ley.

Sea como fuese, el caso es que, en la actualidad, algunas Comunidades Autónomas están habilitadas para dictar este tipo de normas, habiendo realizado un uso excesivo de esta potestad. Así, aunque la media entre todas las Comunidades Autónomas respeta el que podríamos llamar porcentaje razonable del 20% de decretos-leyes frente al 80% de leyes formales, encontramos Comunidades Autónomas que en los últimos años han dictado un número parecido de decretos-leyes o, incluso, más que leyes ordinarias.

Algunas Comunidades Autónomas como Castilla y León, Aragón y Cataluña mantienen unos porcentajes de utilización de decretos-leyes bastante razonables. Sin embargo, otras, especialmente Andalucía y Baleares y, en menor medida, Extremadura y Valencia, han hecho un

⁶ J. M.^a BAÑO LEÓN y A. BOIX ROIG, «El Estatuto valenciano en el marco de la reforma territorial», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (ed.), *De la reforma estatutaria*, monográfico VIII de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2005, págs. 243-278.

uso realmente abusivo del decreto-ley, llegando a aprobar en un año más decretos-leyes que leyes ordinarias (caso de Andalucía en 2012).

Estos datos numéricos ponen claramente de manifiesto que el uso que se está haciendo del decreto-ley no respeta los límites y presupuestos constitucionales que sólo para supuestos de extraordinaria y urgente necesidad prevén la posibilidad de utilizar esta fuente del Derecho. Si todo es urgente, puede que en realidad nada lo sea.

Pero es que, además, si entramos en el fondo de la regulación contenida en muchas de estas normas podremos concluir con que esta vulneración del principio de división de poderes y de los principios constitucionales sobre fuentes del Derecho son, todavía, más gravemente conculcados, produciéndose, además, consecuencias muy dañinas para los derechos individuales, especialmente el de la tutela judicial efectiva.

2. *Razones formales esgrimidas por los gobiernos central y autonómicos para justificar la aprobación de decretos-leyes*

Las razones formales que han esgrimido los gobiernos central y autonómicos para la aprobación de decretos-leyes podríamos intentar sistematizarlas de la siguiente forma⁷.

A) *Crisis económica*

Son mayoritarios los decretos-leyes en materia económica y los paquetes de medidas anticrisis. Ahora bien, esta denominación genérica ha servido, sobre todo, a las Comunidades Autónomas para justificar normas que versan sobre materias tan diversas como: cuestiones procesales y de agilización de procedimientos; organización administrativa; sueldo de empleados públicos; configuración de algunos tributos o políticas sectoriales; impulso de actividad económica en general; modificación de la legislación de ordenación del territorio para incluir un

⁷ Un magnífico y profundo análisis, sobre todo en lo que a los decretos-leyes autonómicos se refiere, puede verse en O. HERRÁIZ SERRANO, «Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades», en *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2011. Sobre la utilización del decreto-ley en el ámbito autonómico, véanse, igualmente, F. J. DONAIRE VILLA, *Las normas con fuerza de Ley en las Comunidades Autónomas (Las figuras del Decreto legislativo y del Decreto-ley autonómicos)*, Ed. Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2012, y F. J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «El decreto-ley como instrumento ordinario de gobierno en Andalucía», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 11, 2011.

nuevo tipo de plan territorial. Es decir, bajo el generoso e indeterminado paraguas de la crisis económica se han aprobado normas con contenido muy diverso y con el que, por tanto, se han aprobado por el poder ejecutivo normas con rango de ley para supuestos que realmente no responden a los límites y criterios constitucionales.

Así, por ejemplo, nos encontramos con el Decreto-ley 4/2010, de 3 de agosto, de Cataluña, de racionalización y simplificación del sector público. Según el gobierno catalán, es urgente y extraordinaria la situación, no aguanta un procedimiento legislativo ordinario, pero, sin embargo, aplaza un mes la entrada en vigor de las medidas de reestructuración que plantea y da seis meses para aprobar los estatutos de las agencias. Idéntica situación encontramos en Andalucía con los Decretos-leyes 4/2010, que incluye medidas con entrada en vigor en enero de 2011 (disp. final segunda), y 7/2010, de 28 de diciembre, cuya entrada en vigor se retrasa a mayo de 2011. Por tanto, es el propio contenido de la norma lo que delata al gobierno de estas Comunidades Autónomas y pone de manifiesto cómo, realmente, no estábamos en una situación extraordinaria y urgente que, como exige el Tribunal Constitucional, no pudiera ser regulada por el procedimiento legislativo ordinario. La aprobación de un decreto-ley que contenga medidas cuya ejecución no es inmediata no supera el canon constitucional que, como veremos, tiene establecido el Tribunal Constitucional para considerar legítimo el presupuesto habilitante para dictar decretos-leyes⁸.

El Decreto-ley 1/2009 de Andalucía establece una reducción de plazos en los procedimientos administrativos para incentivar la economía. Por tanto, lo que básica y realmente regula este Decreto-ley es el procedimiento administrativo. ¿Cabe pensar mínimamente en serio que la regulación del procedimiento administrativo entronca con situaciones de extraordinaria y urgente necesidad?

⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 237/2012, de 13 de diciembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad formulado por el gobierno de la Generalitat Valenciana en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, trata de diferenciar o establecer la diferencia existente entre eficacia inmediata y ejecución instantánea en un decreto-ley: «no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Sólo aquélla es un requisito ínsito en la definición constitucional del Decreto-Ley establecida en el art. 86.1 CE, habida cuenta de que con este instrumento se trata de alcanzar "los objetivos marcados para la gobernación del país" en aquellas situaciones en las que, por concurrir "circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata" (STC 182/1997, de 28 de octubre [RTC 1997, 182], F. 3, reiterando una línea doctrinal iniciada en la STC 29/1982, de 31 de mayo [RTC 1982, 29], F. 6), en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada Decreto-Ley para hacer frente a la situación de urgencia». En cualquier caso, las objeciones que ponemos a estos decretos-leyes autonómicos son que difieren su eficacia más allá de lo que resulta razonable para una norma teóricamente excepcional y de urgencia como el decreto-ley.

En definitiva, bajo el paraguas de la crisis económica y más allá de situaciones reales de urgencia se ha identificado ésta con la conveniencia de actuar unilateralmente sin posibilidad de negociar. La STC 68/2007 afirmó que sólo cabría utilizar el decreto-ley en materia económica para medidas que sean coyunturales, o graves, o imprevisibles, o de relevancia. La crisis económica ya no es coyuntural y, por tanto, muchas de esas medidas se podrían haber adoptado por leyes ordinarias. La crisis económica en los primeros momentos de su padecimiento sí que pudiera considerarse como un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad para la adopción de medidas con decretos-leyes. Conforme la crisis se ha instalado entre nosotros desde hace tanto tiempo, ha dejado de ser una situación coyuntural e imprevisible para pasar a convertirse en estructural y duradera.

B) *Transposición autonómica por decreto-ley de la Directiva de Servicios*

Varias Comunidades Autónomas han optado por el decreto-ley para transponer la Directiva de Servicios. Todas dictaron la norma pasado el plazo para la transposición (28-12-2009). Evidentemente, pasado el plazo legal de transposición ya daba igual el momento en que se aprobase y lo lógico habría sido usar el procedimiento legislativo ordinario⁹.

C) *Adaptación a la legislación urbanística básica o de aplicación plena del Estado por parte de las Comunidades Autónomas. Otros dudosos supuestos de utilización de decretos-leyes en materia urbanística*

Tres Comunidades Autónomas (Cataluña —1/2007, de 16 de octubre—, Aragón —2/2007, de 4 de diciembre— y Valencia —1/2008, de 27 de junio—) adaptan la legislación autonómica de suelo a la estatal de 2007 a través de decretos-leyes. Llevan a cabo esta adaptación o desarrollo casi un año después de aprobada la Ley estatal. ¿Estamos ante una verdadera situación de urgencia o ante la simple desidia autonó-

⁹ Sobre esta cuestión, véanse M. M. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, «Los Decretos-leyes como instrumento de transposición de directivas comunitarias», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2012; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «El uso del Decreto-ley para transponer Directivas al Derecho español: la peculiar problemática de la Directiva sobre televisión digital. Comentario a la STC 329/2005, de 15 de diciembre de 2005», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006; R. ALONSO GARCÍA, «Sobre la posibilidad de desarrollo del Derecho comunitario a través de la técnica del Decreto-ley», en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990.

mica que durante un año no hace nada y a última hora recurre a la fácil, pero peligrosa para el Estado de Derecho, herramienta del decreto-ley?

Pero no sólo se ha utilizado el decreto-ley para justificar adaptaciones de la legislación urbanística autonómica a la estatal; también se ha hecho uso de esta teórica excepcional herramienta para adoptar una decisión en una materia tan delicada y con tantas controversias interpretativas como el silencio administrativo en las licencias urbanísticas. Concretamente, es el Real 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 con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, el que reforma el régimen legal del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas, dándole el carácter negativo.

Se trata de resolver un conflicto jurídico tan importante como el del carácter del silencio administrativo en las licencias urbanísticas a través de un decreto-ley donde se regulan muchas y heterogéneas cuestiones, directa o muy indirectamente, relacionadas con el ámbito urbanístico. Con esta forma de proceder en el ámbito de las fuentes del Derecho no se hace más que generar confusión e inseguridad jurídica, por cuanto que el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2011 anuló el Real Decreto-ley 4/2000, que modificó la Ley del Suelo de 1998 por considerar que los decretos-leyes no son la herramienta jurídica adecuada para llevar a cabo este tipo de modificaciones en materia urbanística. ¿Qué ocurrirá si, como es previsible dada su doctrina anterior, finalmente el Tribunal Constitucional resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Canarias en el mismo sentido que la sentencia de 2011? La inseguridad jurídica y económica en la que se puede colocar un sector tan importante para la economía del país como éste es enorme.

Aunque también tratando de justificarse desde la situación de crisis económica pero incidiendo muy claramente en el ámbito del Derecho urbanístico y territorial, merece la pena citar el Decreto-ley 5/2012, de 27 de noviembre, de Andalucía, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía. Se utiliza la figura del decreto-ley para modificar la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía con el objetivo de introducir una nueva tipología de plan (el de Protección del Corredor Litoral de Andalucía). Además, se introducen modificaciones en la Ley del Suelo andaluza tendentes a reducir los plazos de tramitación de planes urbanísticos, pero, sobre todo, se suspende la eficacia de la planificación urbanística de los mu-

nicipios del litoral, en posible vulneración de las competencias locales en materia urbanística. Una vez conseguida esta suspensión de la planificación urbanística municipal (verdadero objetivo del Decreto-ley), como se trata de una norma de extraordinaria y urgente necesidad, ¡da un plazo de dos años para la elaboración de dicho Plan! Durante este período, coherentemente con su verdadero objetivo, se establece la suspensión del procedimiento para la aprobación de los planes de sectorización y de los planes parciales en suelo urbanizable en los ámbitos que incluyan terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros, medidos en proyección horizontal tierra adentro, desde el límite interior de la ribera del mar. Se trata, además, de una norma que surge como reacción al Proyecto de Ley del Estado de reforma de la Ley de Costas.

Independientemente de que se comparta o no la cuestión de fondo de la norma, lo que resulta evidente es que no parece que el decreto-ley sea el instrumento normativo más adecuado y razonable para abordar una reforma de la legislación urbanística y territorial como la que se lleva a cabo. Está claro que si lo que se trata de añadir es una nueva tipología de planeamiento territorial que restrinja los crecimientos urbanísticos en el litoral de esta Comunidad Autónoma, se podría y debería haber llevado a cabo a través del procedimiento legislativo ordinario. En el necesario y correspondiente debate parlamentario, al menos, se podría haber debatido esta polémica medida y haberse escuchado otras posiciones, sobre todo en defensa de la autonomía local y de las competencias locales en materia urbanística. Nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local y más incertidumbre e inseguridad jurídica para la economía de una Comunidad Autónoma como la andaluza, quizás, podrían haberse eliminado o, cuando menos, minorado tras el oportuno debate parlamentario.

Una nueva modificación de la legislación urbanística en Andalucía se contiene en el Decreto-ley 1/2013, de 29 de enero. En este caso, de nuevo, el gobierno andaluz utiliza esta figura normativa para modificar normas como el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Comercio Interior de Andalucía; el Decreto Legislativo 2/2012, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Ambulante; la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, o, atención, el Decreto 43/2008, de 12 de febrero, regulador de las condiciones de implantación y funcionamiento de campos de golf en Andalucía. Se trata de una norma que considera que Andalucía está en una extraordinaria y urgente necesidad que requiere regular por decreto-ley cuestiones tan fundamentales como las «Ferias de Oportunidades»,

ampliación a quince años de las autorizaciones de vendedores ambulantes, alterar el sentido del silencio administrativo (pasando de positivo a negativo) para las iniciativas de campos de golf, o habilitar al Consejo de Gobierno andaluz para que pueda suspender, por razones de interés público, cualquier planeamiento municipal.

En definitiva, medidas todas ellas que, evidentemente, pudieran haber sido objeto de regulación por el procedimiento legislativo ordinario o, más grave aún, podrían haber sido objeto de modificación reglamentaria, por cuanto reglamentaria era la norma que atribuyó el carácter positivo al silencio administrativo en el caso de autorizaciones de campos de golf.

Podríamos seguir, y no parar, analizando cada uno de los decretos-leyes aprobados por las diferentes Comunidades Autónomas para comprobar cómo no se respetan los límites constitucionales en cuanto al uso de esta fuente «extraordinaria» del Derecho.

D) *El remate del abuso: el decreto-ley singular*

Si ya resulta bastante criticable y peligroso el uso del decreto-ley en situaciones y circunstancias como las mencionadas con anterioridad, más graves son, bajo mi punto de vista, las consecuencias que provoca la utilización del decreto-ley para regular situaciones singulares y concretas. Las normas con rango de ley tienen, por definición, el carácter de generales y abstractas, y tienen vocación de permanencia por cuanto regulan situaciones indeterminadas. Los ciudadanos aceptamos «de buen grado» que se afecten nuestros derechos y obligaciones porque lo hace el Parlamento como depositario de la soberanía nacional y porque, en definitiva, se trata de una situación que afecta a todos los ciudadanos por igual, no está pensada para casos concretos, singulares. La ley no sería arbitraria porque se establece con ignorancia del caso particular y ninguna voluntad humana decide la coacción utilizada para hacerla cumplir¹⁰. Irónicamente, estas leyes singulares o medida fueron calificadas por el profesor PARADA VÁZQUEZ como «leyes-decreto»¹¹.

Esta garantía en el origen y naturaleza justifica el blindaje de la norma frente a posibles impugnaciones, admitiéndose que sólo sea el Tribunal Constitucional el ente con capacidad para anular una norma

¹⁰ En este sentido, G. ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, pág. 65.

¹¹ R. PARADA VÁZQUEZ, «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, coord. por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, vol. 2 (*De los derechos y deberes fundamentales*), 1991, pág. 1291.

con rango de ley. Pues bien, en muchas ocasiones, a través de la figura del decreto-ley se están dictando normas con rango de ley sin la generalidad que les sería exigible por su naturaleza. Algunos de los decretos-leyes que se están aprobando en nuestro país (especialmente por las Comunidades Autónomas) tienen carácter singular, con lo que, además de pervertirse los postulados clásicos del sistema de fuentes del Derecho en un ordenamiento jurídico occidental, se está vulnerando un principio nuclear del Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva. La tutela judicial efectiva tiene una dimensión esencialmente individual y, por tanto, no es predicable de las normas con rango de ley, que, como acabamos de decir, son generales y no estaría justificado extender la garantía de la tutela judicial efectiva para ellas. Sin embargo, si esa norma con rango de ley está dirigida para una persona o un grupo de personas muy determinada, la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta flagrante.

Ya no es sólo que el poder ejecutivo ocupe el espacio propio del legislativo, dictando normas que afectan a derechos y obligaciones con carácter general fuera de los estrechos parámetros constitucionales en los que se consideró justificada esta situación; lo más grave, sin duda, es que se pueden ver afectados derechos individuales sin la garantía o el contrapeso del control del poder judicial.

Estaríamos, por tanto, ante la figura del decreto-ley singular, que repetiría, amplificadamente, las detestables situaciones generadas por el fenómeno de las «leyes singulares», tan criticado por la doctrina científica¹². Veamos algunos ejemplos de decretos-leyes singulares para

¹² Sobre el fenómeno de las leyes singulares, véanse R. PARADA VÁZQUEZ, «El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, coord. por Sebastián MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER, vol. 2 (*De los derechos y deberes fundamentales*), 1991, págs. 1271-1300; R. R. GALÁN VIOQUE, «Rumasa: expropiaciones legislativas y leyes singulares (Comentario en torno a las sentencias constitucionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en este asunto)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 29, 1997, págs. 109-147; F. J. JIMÉNEZ LECHUGA, «Las leyes singulares en el Derecho español: de nuevo sobre el caso Rumasa y su epílogo. La STEDH de 23 de junio de 1993», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, págs. 173-229; O. BOUAZZA ARIÑO, «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales (El caso de la Ciudad del Medio Ambiente)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 138, 2008; J. ORTEGA BERNARDO, «Límites constitucionales en la adopción por Ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, págs. 293-305; J. A. MONTILLA MARTOS, «Defensa judicial “versus” Ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, págs. 291-321; G. ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares, leyes de caso único», en *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, págs. 57 a 101; F. LÓPEZ RAMÓN, «La problemática de las leyes singulares y las reservas de ley para la declaración de parques nacionales y otros espacios naturales protegidos», en *Garantías del ciudadano: estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Ed. Iustel, 2011.

extraer luego conclusiones generales. Adelantemos, en este momento, que algunos de estos decretos-leyes tienen carácter organizativo, otros entran de lleno en materias típicamente reglamentarias y otros afectan más claramente a situaciones jurídicas y derechos individuales.

El primer caso que voy a mencionar no es un supuesto de claro decreto-ley singular; más bien se trata de un supuesto de ejercicio de la potestad de dictar este tipo de norma con rango de ley en vez de un reglamento, que podría haber resultado suficiente y más conveniente por cuanto que la vulneración de la tutela judicial efectiva para el sector destinatario de sus medidas hubiese sido menor. Me refiero al Real Decreto-ley 14/2010, de Corrección del Déficit Tarifario del Sector Eléctrico, que es, bajo mi punto de vista, un ejemplo de utilización innecesaria de la figura del decreto-ley por cuanto sus efectos se podrían haber conseguido igualmente con una norma de rango reglamentario. La cuestión podría quedarse en una «simple» ruptura de los principios y postulados clásicos de la división de poderes; sin embargo, sus efectos son mucho más perniciosos para los destinatarios de la norma, que verán claramente limitadas sus posibilidades de recurso ante una norma que limita sus legítimas expectativas económicas al haber actuado en el mercado eléctrico con la confianza que les proporcionaba unas determinadas remuneraciones durante un período de tiempo establecido. Aunque no es éste el lugar adecuado para el análisis de esta compleja pero interesantísima polémica jurídica, simplemente apuntar que se limita la productividad de las instalaciones en más de un 40%. ¿Qué urgencia había en aprobar esta norma si 35 días antes el gobierno había dictado el Real Decreto 1565/2010, que introducía modificaciones relevantes en el sector? ¿No se había regulado meses antes esta misma materia con un simple real decreto? No es una simple cuestión de forma ni de debates teóricos sobre el sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico; sus efectos son mucho más graves y entroncan claramente con los pilares básicos del Estado de Derecho.

Este caso, bajo mi punto de vista, no es sino reflejo de lo que puede parecer una paradoja pero que es una realidad. A los gobiernos estatal y autonómicos les resulta más sencillo dictar un decreto-ley que un simple reglamento. Sin embargo, la fuerza y efectos de una y otra norma no pueden compararse ni, sobre todo, la posición en la que queda el ciudadano frente al ejercicio de una y otra potestad. Quizás sería conveniente replantearnos la flexibilización del procedimiento de elaboración de reglamentos para supuestos o circunstancias especiales en los que la Administración se vea obligada a dar respuesta con mucha rapidez y eficacia a determinadas situaciones. En situaciones excepcionales, el ejecutivo podría emanar normas sin observar los trámites

ordinarios, surtirían efectos desde su publicación, si bien estaría necesitado de algún tipo de control a posteriori; por ejemplo, un informe del Consejo de Estado que se pronunciase con carácter vinculante sobre los aspectos de legalidad (existencia de presupuesto habilitante y la congruencia entre la regulación establecida y la situación a la que se trata de hacer frente) y con carácter no vinculante sobre los demás extremos. Alternativamente, podría plantearse la vigencia temporal del reglamento y la obligación del gobierno de iniciar de modo inmediato el procedimiento para dictar un nuevo reglamento, con observancia, ahora sí, de los trámites ordinarios establecidos en el artículo 24 de la Ley del Gobierno¹³. Quizás así algunos de los decretos-leyes aprobados en contra de los principios constitucionales pudieran haberse ahorrado.

En el ámbito de la adopción de medidas organizativas singulares a través de decretos-leyes podríamos citar el caso del Decreto-ley 2/2010 de Cataluña, de modificación de la Ley 11/2007, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales. Se trata de una norma que persigue, exclusivamente, reconfigurar jurídicamente un ente instrumental de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El Dictamen 7/2010, de 22 de abril, del Consejo de Garantías Estatutarias afirmó que no se daba el presupuesto habilitante para el uso del decreto-ley, en este caso de reforma organizativa singular, y que se debería hacer por el procedimiento legislativo ordinario. Sin embargo, a pesar de ello, se aprobó.

Con este mismo carácter singular, y también en el ámbito organizativo, podemos mencionar el Decreto-ley 2/2009, de 8 de mayo, de Baleares, de medidas urgentes para la construcción de un hospital en la isla de Eivissa. Se trata de un Decreto-ley dictado exclusivamente para dispensar del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos a la construcción de una infraestructura hospitalaria en esta isla balear. Además, esta norma crea una nueva especie normativa: el desarrollo legislativo de un decreto-ley por otro decreto-ley, ya que éste viene a desarrollar el 1/2009. Al margen de esta otra aberración jurídica, lo que quería llamar en este momento la atención es de cómo el ejecutivo balear hace uso de su extraordinaria y excepcional potestad de dictar normas con rango de ley para aprobar un proyecto muy singular y concreto.

En alguna ocasión se ha llegado a utilizar la figura del decreto-ley como mecanismo o arma procesal para terciar en controversias judiciales. Me refiero, por ejemplo, al caso del Decreto-ley 1/2010, de 7 de enero, de Valencia, que, por cierto, posteriormente fue tramitado como

¹³ En este sentido, M.^a NÚÑEZ LOZANO, «El Decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pág. 356.

Ley en tan sólo dos meses (Ley 2/2010). Esta norma se inserta en la compleja y enconada lucha entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Valencia por el caso de la protección del patrimonio histórico del barrio del Cabanyal. En este caso se utilizó una norma con rango de ley para decir algo que se debe y puede hacer con un simple reglamento. El objetivo de la medida no es otro que impedir la adopción de medidas judiciales ordinarias, elevando, mejor limitando, las posibilidades de impugnación de la norma hasta el Tribunal Constitucional. Se trata de una norma que, aparte de por lo ya mencionado, es un auténtico esperpento jurídico por el contenido de la disposición final única (entrada en vigor): «... los efectos se retrotraerán, en lo que sea necesario para su plena eficacia, al 11 de mayo de 1993».

Si los ejemplos que hasta el momento hemos hecho notar son más que suficientes para demostrar la «fraudulenta» utilización de la potestad para dictar decretos-leyes por parte los ejecutivos central y autonómicos, me voy a referir a otro que pudiera considerarse ejemplar en cuanto a los vicios que estamos significando. Me refiero al Decreto-ley 1/2012, de 25 de junio, de medidas urgentes para contención del gasto público y la adaptación del funcionamiento de los servicios públicos a la realidad económica y social en Extremadura. Se trata, como pueden imaginarse por el título, de una norma «cajón de sastre» en la que se adoptan muchas y muy heterogéneas medidas que atañen a diversos aspectos del funcionamiento de la Administración pública, especialmente a cuestiones de personal¹⁴.

Tal y como estamos comentando para supuestos similares, el ejecutivo extremeño aprovecha su nueva potestad de aprobar decretos-leyes para «congelar» situaciones jurídicas que anteriormente estaban reguladas por normas reglamentarias y adopta medidas que, en realidad, sólo afectan a un muy reducido número (creo que no llegan a veinte) de funcionarios de la Administración extremeña que, según el propio gobierno, venían disfrutando de una situación privilegiada por el gobierno anterior. El propio preámbulo de la norma no tiene pudor alguno al reconocer que «... en el Capítulo I, artículos 1 y 2, en la disposición transitoria única y en la derogatoria única del presente decreto-

¹⁴ En los últimos años han proliferado, excesivamente bajo mi punto de vista, este tipo de normas de contenido heterogéneo y disperso. Siguiendo el modelo de las leyes de presupuestos, cada vez más, y como muestra de una pésima calidad legislativa, se aprueban textos legales con contenidos variados y con ninguna conexión entre sí, con la consecuencia inmediata de generar una tremenda inseguridad jurídica. El Tribunal Constitucional no parece tener la intención de poner coto a este modelo normativo y así, entre otras, la sentencia 136/2011, de 13 de septiembre, se refiere a un supuesto de leyes, como él mismo denomina, «complejas» y, en alguno de sus pasajes, de carácter singular. Para el Tribunal, la calidad normativa no es algo que le compete y, por tanto, la mala técnica legislativa no condiciona para nada la constitucionalidad de una norma de este tipo.

ley se eliminan los privilegios reconocidos a nivel reglamentario para un determinado colectivo del funcionariado, en concreto, aquellos que hayan obtenido con carácter definitivo un puesto de libre designación y que, tras haber sido cesados, acreditaran más de dos años de servicios efectivos e ininterrumpidos en dicho puesto en otro similar de libre designación, con anterioridad inmediata al cese. A este colectivo de funcionarios la Administración debía asignarles un puesto vacante disponible cuyo nivel de complemento de destino fuera acorde con el grado personal que tenía reconocido... Se trata de una medida extraordinaria y transitoria, en tanto en cuanto se rediseña un nuevo esquema de la Función Pública de Extremadura para adaptar la regulación existente a los principios y criterios de la Ley 72007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pero que debe adoptarse de forma urgente, pues la Administración autonómica no puede soportar, ni organizativa, ni económicamente esta situación». Curiosa conclusión: la Comunidad Autónoma de Extremadura estaba en peligro organizativo y económico por la situación de una veintena de funcionarios que «disfrutaban» de unos privilegios inaceptables adquiridos conforme a la normativa anterior a esta reforma. ¿No se podría por lo menos ser más ingenioso a la hora de justificar la utilización del decreto-ley?

Creo que sobran los comentarios. Cuestiones jurídicas organizativas o internas de la Administración extremeña que deberían resolverse con el ejercicio de la autotutela administrativa dictando los correspondientes actos administrativos, o, en el peor de los casos, con la aprobación de reglamentos organizativos, se resuelven con la aprobación de un decreto-ley. ¿Es más eficaz el dictado de un decreto-ley que un acto administrativo o reglamento? No, simplemente se trata de blindar la posibilidad de recurso de los funcionarios afectados por la medida¹⁵. Ya es discutible que una Comunidad Autónoma tan pequeña como Extremadura no pueda solucionar situaciones de extraordinaria y urgente necesidad con el funcionamiento ordinario de su Parlamento. Pero es que no estamos ante una situación de este tipo; insisto, simplemente nos encontramos ante un ejercicio arbitrario del poder normativo atribuido al ejecutivo.

¹⁵ Como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional en varias ocasiones (sirva como ejemplo su sentencia 332/2005, de 15 de diciembre), la Constitución española no contempla reservas de reglamento y, por tanto, la ley puede regular materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario. Sin embargo, bajo mi punto de vista, si esta afirmación es válida cuando hablamos de leyes ordinarias, en el caso de los decretos-leyes esta forma de actuar refleja o puede ser indicio de un uso «desviado» de la potestad de dictar este tipo de normas por parte de los gobiernos con las que, además de tratar de resolver una situación excepcional, pueden intentar bloquear las posibilidades de impugnación de estas normas y vulnerar la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional no ha eliminado de manera absoluta la posible existencia de leyes singulares. Sin embargo, sí ha reducido bastante las circunstancias en las que es posible su aprobación. La conocida sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, establece que el poder legislativo puede aprobar leyes singulares en los supuestos en que por su «*extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada a una situación singular*». Sólo en estos casos sería posible dictar leyes singulares, en este caso de carácter expropiatorio. Como a continuación veremos, con posterioridad el propio Tribunal Constitucional ha depurado su doctrina, estableciendo más límites a estas leyes singulares de carácter expropiatorio.

Muy acertadas resultan las palabras del profesor PARADA VÁZQUEZ, que, alertando sobre este fenómeno, señalaba: «... *En definitiva, la Constitución, al condicionar a un sistema de garantías determinados actos del Estado, sólo permite que se realicen por aquellos de sus órganos —que son los judiciales y administrativos— en que aquellas condiciones se cumplen. Hay una proporcionalidad o equilibrio constitucionalmente establecido entre poder y garantías que puede desbaratar la intervención del Estado por vía legislativa. El Estado de Derecho no puede nunca avasallar, disparar a su antojo la artillería pesada cargada con el proyectil de la naturaleza indiscutible e irrecusable de sus normas y actos con fuerza de ley. No es constitucionalmente lícito matar abejas a cañonazos...*»¹⁶.

Con esta forma de actuar el poder ejecutivo pretende dificultar, cuando no imposibilitar, el control judicial de sus decisiones. No sólo el principio de división de poderes y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que seguidamente nos referiremos, principios como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, vinculado al principio de proporcionalidad, así como el de seguridad jurídica, resultan vulnerados¹⁷.

La sentencia del Tribunal Constitucional 48/2005, de 3 de marzo, sobre la expropiación por ley de determinados edificios para ampliar la sede

¹⁶ R. PARADA VÁZQUEZ, «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso Ruma-sa)», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 1139-1168.

¹⁷ En este sentido, O. BOUZZA ARIÑO, «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales (El caso de la Ciudad del Medio Ambiente)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 138, 2008, pág. 21. Igualmente, G. ARIÑO ORTIZ, «Leyes singulares...», cit. anteriormente, pág. 61. Un análisis actualizado y completo de estos principios jurídicos básicos del Derecho administrativo puede verse en J. A. SANTA-MARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Ed. La Ley, 2011.

del Parlamento de las Islas Canarias, se pronunció en términos muy claros sobre los límites de una expropiación legislativa, rectificando en gran medida la doctrina sobre el caso Rumasa¹⁸. A partir de esta sentencia, como venimos sosteniendo en este trabajo, la principal objeción que se puede realizar a las leyes medida o singulares pone el acento en la clara limitación que para la tutela judicial efectiva tiene lugar.

Aunque se trata de una manifestación diferente, en el fondo, el problema es el mismo que en el caso que estamos analizando con este tipo de decretos-leyes dictados en temas, materias o asuntos que, en muchos casos, perfectamente podrían haber sido resueltos con medidas de carácter administrativo que no dificultasen el control de la jurisdicción ordinaria, en vez de por normas con rango de ley cuyo control no está en manos del particular. Merece la pena traer las palabras del Tribunal Constitucional extraídas de la última sentencia mencionada: *«Desde una consideración de conjunto, es evidente que el afectado vería entonces mermada la posibilidad de discutir en Derecho el contenido de la decisión formalizada bajo la cobertura de la ley, pues contra ella no puede reaccionar en los mismos términos y con el mismo alcance que sí le cabrían frente a una actuación administrativa. En particular, y por lo que al caso examinado importa, no podría invocar ante la jurisdicción la existencia de otros bienes capaces de proveer a la necesidad del expropiante en la misma o mejor medida que los que el legislador ha señalado como objeto de expropiación, y ello aun cuando en la ley misma se admitiera la existencia de tales otros bienes. Si ello es así, habrá de concluirse que la intervención legislativa en un procedimiento expropiatorio sólo es aceptable en la medida en que los intereses y derechos afectados no vean disminuida con ello, de manera sustancial, su tutela jurisdiccional —importando sólo que se trate de una tutela material y, por tanto, con independencia de que sea administrada por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional. Esto supone que el problema deba abordarse, no tanto desde la perspectiva de la forma jurídica de la disposición, cuanto desde la del alcance del control jurisdiccional posible sobre la disposición adoptada. En otras palabras, un acto legislativo expropiatorio sólo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede*

¹⁸ Comentando esta sentencia y sus efectos, véase el interesante trabajo de J. ORTEGA BERNARDO, «Límites constitucionales en la adopción por Ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, págs. 293-305.

dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso. Por tanto, la forma legislativa únicamente será admisible si todas las lesiones que eventualmente le sean imputables pueden corregirse con el normal ejercicio de la jurisdicción constitucional, sin desnaturalizarla o pervertirla para, forzando su naturaleza, extenderse también sobre extremos de la disposición que sólo están al alcance de la jurisdicción ordinaria. Esta necesaria correspondencia entre las posibilidades de defensa de los derechos e intereses legítimos, por un lado, y el instrumentario que para su ejercicio efectivo puede dispensarse en los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley, por otro, delimita el umbral de las circunstancias excepcionales que justifican la figura de la ley expropiatoria singular. Circunstancias que sólo podrán darse si la idoneidad de los bienes a expropiar es indiscutible en atención al fin legítimamente perseguido y si la naturaleza misma de esos bienes, su identidad, diversidad o localización convierten en imposible, por insuficiente, el recurso a la simple acción administrativa»¹⁹.

En definitiva, junto a los principios de igualdad y seguridad jurídica que aparecían como límites a las leyes singulares en la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, en la 48/2005 se añade el artículo 24 de la Constitución española. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye un límite infranqueable al poder legislativo (ejecutivo-legislativo en el caso de los decretos-leyes) a la hora de dictar leyes medida o singulares. La sentencia 48/2005 supone un claro límite al legislador, exigiéndole que no proceda a sustituir, sin justificación, la actividad administrativa en supuestos en los que no es posible de otro modo, sin acudir a la jurisdicción ordinaria, controlar plenamente su decisión²⁰.

La situación de absoluta indefensión a que conduce este uso singular del decreto-ley ha provocado que se haya intentado en alguna ocasión recurrir a una vía procesal poco adecuada para la salvaguarda de los derechos constitucionales. Me refiero al intento de habilitar la vía del recurso de amparo frente a decretos-leyes que pudieran vulnerar derechos fundamentales de los «destinatarios» de la norma. Aunque el mero planteamiento teórico de la cuestión genere cierto rechazo (¿cómo se va a interponer un recurso de amparo frente a una norma con rango de ley?), el abuso con que el poder ejecutivo ha utilizado esta fuente del Derecho ha llevado a algunos particulares a intentar esta vía.

Me referiré al auto del Tribunal Constitucional 291/1997, de 22 de julio. En este caso se interpone un recurso de amparo por la entidad

¹⁹ Fundamento Jurídico Sexto.

²⁰ J. ORTEGA BERNARDO, «Límites constitucionales...», cit. anteriormente, pág. 304.

mercantil «Canal Satélite Digital, S.L.» contra los artículos 1, 2, 3 y disposición adicional única del Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero, que incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y de Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y aprueba medidas adicionales para la liberalización del sector. Se recurre en amparo la norma por cuanto se entiende por el recurrente que se están vulnerando los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información.

Pues bien, independientemente del fondo del asunto, en primer lugar, el recurrente trató de justificar la vía procesal empleada por cuanto que se trataba de un decreto-ley de carácter «autoaplicativo», esto es, de una norma que afecta a su estatus jurídico de manera inmediata, sin necesidad de acto de aplicación alguno. Para los recurrentes, de no admitirse esta potestad se dejaría un ámbito de inmunidad al poder ejecutivo, mediante la conversión en norma de lo que no es más que un acto con el fin de impedir toda reacción posible por parte de los destinatarios de las normas.

Para el Tribunal Constitucional, la impugnación de leyes o actos con fuerza de ley por vía indirecta es admisible y ha venido siendo admitida por este Tribunal de modo constante a partir de la sentencia 41/1981. No sucede, sin embargo, lo mismo con la impugnación directa. El artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a contrario, excluye, en principio, del amparo los actos con valor de ley emanados de las Cortes o de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Tal y como cabía imaginar, el Tribunal Constitucional no habilita esta vía procesal para poder defender los derechos individuales supuestamente vulnerados por una norma de carácter singular. La mejor manera de impedir que estas situaciones vuelvan a darse es impidiendo que se pueda hacer un uso de este tipo de la potestad de dictar normas con rango de ley por parte de los ejecutivos. Si este límite ha sido afirmado con contundencia respecto a las leyes ordinarias, más firmeza hay que mostrar respecto a la utilización en idénticas circunstancias singulares del decreto-ley. Todavía, la ley ordinaria singular para su aprobación tiene que pasar por el procedimiento legislativo. Con el decreto-ley, el paso por el Parlamento es más testimonial que otra cosa y la vulneración de los principios constitucionales señalados más flagrante aún.

III. EL CONFUSO PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES HABILITANTES PARA EL USO DE DECRETOS-LEYES

Durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional español fue demasiado generoso y flexible con el uso que los gobiernos hacían del decreto-ley. Con esta primera doctrina se convalidaban las interpretaciones que el poder ejecutivo hacía de los requisitos o límites constitucionales del decreto-ley. Especialmente laxo, bajo mi punto de vista, fue el máximo intérprete constitucional con la interpretación del concepto jurídico indeterminado «extraordinaria y urgente necesidad». Sirva como ejemplo de esta línea interpretativa más condescendiente con el uso del decreto-ley por los gobiernos la sentencia 23/1993²¹, de 21 de enero, que, sin mayores y más concretas argumentaciones, justifica el uso del decreto-ley en caso de «coyunturas económicas problemáticas». Así, en ese caso, ante la alegación de que la norma impugnada no se había dictado en situación de extraordinaria y urgente necesidad, señala: *«Hay que concluir, en definitiva, que no existe motivo alguno para considerar que el Decreto Ley sea inconstitucional desde la óptica de la inexistencia de las razones de urgencia y necesidad que constituyen su presupuesto habilitante, puesto que el Gobierno actuó dentro del margen de apreciación política de las situaciones de urgencia que, de acuerdo con la Constitución, le habilita para dictar Decretos Leyes, y según las facultades que a este órgano constitucional le incumben para la gobernación del país, en general, y para dirigir la actividad económica en*

²¹ Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno vasco contra los artículos 1, 2, 4, 5 y disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales. Sobre la base legitimadora de esta expresión, «coyuntura económica problemática», el Tribunal Constitucional no ha estimado contraria al artículo 86.1 CE la apreciación de la urgencia hecha por el gobierno en casos de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983, de 4 de febrero), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1986, de 20 de febrero), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993, de 21 de enero), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre) o, en fin, de necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003, de 3 de julio). Según el Tribunal Constitucional, sobre estas «coyunturas económicas problemáticas» el decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito de tratamiento, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro, según tenemos reiterado, que subvenir 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 de las Leyes» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero; 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio).

particular, todo ello de acuerdo con los arts. 86.1 y 97 de la Constitución».

Sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, esta generosa o flexible interpretación cambia a lecturas más restrictivas y exigentes del régimen jurídico constitucional del decreto-ley²². En esta sentencia, el Tribunal no juzgó de una manera genérica la norma, sino que entró a ponderar y valorar en profundidad cada una de las razones esgrimidas por el gobierno para la aprobación del decreto-ley impugnado. En primer lugar, el Tribunal analiza la constitucionalidad de la norma en cuestión determinando si estamos ante una situación grave, imprevisible y relevante y que, por tanto, no permita abordar la situación utilizando el procedimiento legislativo ordinario. En segundo término, para enjuiciar las circunstancias habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad entiende el Alto Tribunal que hay que analizar las razones del preámbulo, las del debate parlamentario posterior y el expediente de elaboración del decreto-ley. Por último, en tercer lugar, el análisis de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad no se debe referir a la norma en general y en abstracto, sino a cada contenido material regulado.

La doctrina instaurada por esta sentencia ha sido seguida por otras, sobre todo durante el año 2011 y la primera parte del 2012. Así, en primer lugar, podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2011, de 17 de marzo. En este caso, el recurso fue interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente al artículo 43 y el párrafo octavo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. En este caso, el Tribunal Constitucional estima el recurso y anula el precitado artículo 43, puesto que no se cumplen los dos elementos que deben concurrir para que se dé el presupuesto de «extraordinaria y urgente necesidad»: que los motivos tenidos en cuenta para la aprobación del decreto-ley hayan sido explicitados de forma razonada, y que exista necesariamente una conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir la misma.

En esta misma línea jurisprudencial nos encontramos la sentencia 137/2011, de 14 de septiembre. Se trata de un recurso interpuesto por 91 diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso

²² Resuelve esta sentencia los recursos de inconstitucionalidad acumulados 4781/2002 y 4915/2002, interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Federal de Izquierda Unida y Mixto del Congreso de los Diputados en relación con el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. En este caso, también el Tribunal Constitucional estima el recurso y anula y declara inconstitucional dicho artículo, puesto que, a su juicio, el gobierno no ofrece, ni en la exposición de motivos de la norma ni en el trámite de convalidación, explicación o justificación alguna sobre la gravedad, imprevisibilidad o excepcionalidad de la situación diagnosticada del sector inmobiliario ni sobre la posible quiebra de la efectividad de las medidas con las que se pretende afrontar dicha situación, en el supuesto de que se hubiera acudido al procedimiento legislativo ordinario.

En el año 2012 nos encontramos con la sentencia 1/2012, de 13 de enero. Trae causa este pronunciamiento del recurso promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra el artículo único, cardinales uno, dos y tres, del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, por cuanto modifica los artículos 5 y 7 e introduce unas disposiciones adicional tercera y final tercera en aquel Real Decreto Legislativo, por resultar contrarios a los artículos 86 y 149.1.23 de la Constitución española, así como al artículo 15.1.7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad únicamente del artículo único, cardinal dos, del Real Decreto-ley. Dicho precepto anulado introduce una nueva disposición adicional tercera en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, que contempla que la evaluación ambiental que no venga establecida por la legislación estatal, sino por la legislación autonómica, respecto de proyectos, públicos o privados, que corresponda autorizar o aprobar a la Administración General del Estado «se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento abreviado que a tal efecto se establezca reglamentariamente por el Estado». Por consiguiente, su inconstitucionalidad viene derivada porque no modifica dicho precepto de manera instantánea la situación jurídica existente, por lo que de dicho artículo no puede justificarse la extraordinaria y urgente necesidad.

Desde luego, de seguirse esta doctrina en las resoluciones de los recursos frente a muchos de los decretos-leyes que se han dictado en los últimos años en nuestro país, especialmente por algunas Comunidades Autónomas, el resultado parece bastante claro.

Me referiré, a continuación, a tres casos en los que el Tribunal Constitucional ha avalado con su pronunciamiento la utilización del decreto-ley por parte del gobierno y que pudieran constituir una nueva y peligrosa línea interpretativa que suponga una vuelta atrás hacia una

mayor flexibilidad y condescendencia por parte del Tribunal Constitucional sobre el uso que los gobiernos están realizando de la potestad de dictar decretos-leyes.

En primer lugar, mencionar la sentencia 100/2012, de 8 de mayo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias sobre la disposición adicional segunda de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias, por posible vulneración de los artículos 31.3, 133.1 y 139.2 y disposición derogatoria, apartado 3, todos ellos de la CE, y sobre la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 7/1993, de 21 de mayo, de medidas urgentes de adaptación y modificación del impuesto sobre el valor añadido, del impuesto especial sobre determinados medios de transporte, del impuesto general indirecto canario, del arbitrio sobre la producción e importación en las Islas Canarias y de la tarifa especial del arbitrio insular a la entrada de mercancías por presunta vulneración de los artículos 9.3 y 86.1, en relación con el artículo 31.1, todos ellos de la CE.

Se plantea en esta sentencia la inconstitucionalidad de la utilización del instrumento del decreto-ley para aprobar la prórroga de la tarifa especial. En este caso, el Tribunal Constitucional señala que *«resulta clara la concurrencia del presupuesto habilitante previsto en el art. 86.1 CE, pues, en las circunstancias específicas de las islas Canarias, desde el 1 de enero de 1993 se había producido un vacío legislativo que dejaba sin aplicación el arbitrio litigioso, vacío que vino a cubrir el Reglamento CEE 564-1993, de 8 de marzo, el cual a su vez necesitaba la concreción del tipo aplicable en el arbitrio que es lo que dispuso la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 7/1993»*.

La sentencia 150/2012, de 5 de julio, resuelve el recurso de la Generalitat contra el Real Decreto-ley 13/2009 (Plan E de Zapatero). En este caso se da la razón a Cataluña y se anulan veinte artículos por vulnerar las competencias autonómicas en materia de subvenciones. Sin embargo, declara el respeto a las subvenciones concedidas porque *«su anulación podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña, a los intereses generales afectando a situaciones jurídicas consolidadas»*. Aunque no tanto por el control del concepto jurídico indeterminado «extraordinaria y urgente necesidad», esta sentencia del Tribunal Constitucional me parece criticable por cuanto que acoge abiertamente y sin matices la conocida como «teoría de las consecuencias económicas de las decisiones». Doctrina que, evidentemente y desde un punto de vista positivo, supone o implica un uso responsa-

ble de la potestad de juzgar, pero que también conlleva un grave riesgo de debilitamiento de los controles sobre los poderes públicos²³.

Más polémica y discutible resulta la fundamentación de la sentencia 170/2012, de 4 de octubre. En este caso, el Tribunal Constitucional se enfrentaba a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los artículos 3 y 43, la disposición transitoria primera y la disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios: supresión de la limitación de edificabilidad y ocupación para los espacios destinados a la instalación de suministro de hidrocarburos a vehículos en grandes establecimientos comerciales²⁴.

Según el recurrente, en relación con el artículo 3 y la DT 1.^a del Real Decreto-ley 6/2000, se vulnera el artículo 86.1 de la CE. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, dicho artículo no ha sido vulnerado puesto que se trata de una medida que, en tanto que persigue el incremento de puntos de venta de combustibles al por menor, no puede negarse que guarda conexión de sentido con los propósitos liberalizadores en el sector energético que justificaron su adopción.

Cuenta, sin embargo, esta sentencia con un voto particular muy interesante, por crítico y, bajo mi punto de vista, acertado, del magistrado Valdés Dal-Ré. Dado lo reciente de este pronunciamiento y el carácter ejemplificativo respecto a todo lo que venimos comentando en este trabajo, prestaremos especial atención a la opinión de este ilustre jurista, cuyos argumentos comparto plenamente.

Comienza el magistrado disidente de la opinión mayoritaria recordando los dos cánones de control en los que se sustentan los límites constitucionales en el uso del decreto-ley, según la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional: *«En concreto y como recuerda, con sintética precisión, el fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la que me distancio, el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la “extraordinaria y urgente necesidad” ha de superar un doble canon. El primero consiste en la identificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes forma-*

²³ A. RUIZ ROBLEDO, «La interpretación de la Constitución en tiempos de crisis», en prensa en la revista *Claves de Razón Práctica*.

²⁴ El mismo supuesto de hecho, salvo que refiriéndose a la Comunidad Autónoma de Baleares, ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 233/2012, de 13 diciembre. El fallo tiene el mismo sentido que la 170/2012 y, por tanto, cuenta con un voto particular, también idéntico, del magistrado Valdés Dal-Ré.

les. El segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas, como igualmente ha razonado la jurisprudencia constitucional, han de guardar “una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3)».

Pues bien, es precisamente en el proceso lógico que debe llevar a entender o no superados los cánones de constitucionalidad mencionados con las concretas medidas adoptadas por el Real Decreto-ley donde el magistrado Valdés Dal-Ré no considera suficientemente justificada la decisión del Tribunal. No basta con un enjuiciamiento genérico de la norma, sino que hay que descender a las medidas concretas adoptadas por la norma para verificar si superan el doble canon de constitucionalidad: *«En otras palabras, la Sentencia ha dado de lado la identificación de los motivos singularizados que, en su caso, pudieran haber servido para justificar la presencia del presupuesto habilitante respecto de la concreta medida a la que la parte recurrente reprocha su omisión a fin de poder formular, una vez constatada su existencia o no, el obligado juicio de idoneidad».*

De conformidad con el parecer mayoritario del Tribunal, la medida adoptada, consistente en liberalizar actividades en el sector de los hidrocarburos líquidos a través, por ejemplo, de la instalación de estaciones de servicio en las grandes superficies, se acredita en razón *«de la importancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica general».* Se trata, evidentemente, de una justificación excesivamente vaga y general como para justificar la utilización del Decreto-ley por el gobierno. Ni en la exposición de motivos de la norma ni en el debate parlamentario para su convalidación se vislumbra justificación bastante de la *«extraordinaria y urgente necesidad»* de la medida y, por tanto, para el magistrado autor del voto particular, el Decreto-ley debió haberse anulado por falta de explicitación y motivación del presupuesto habilitante.

No superaría, por tanto, el Real Decreto-ley enjuiciado el primer canon de constitucionalidad: la verificación de una situación real de extraordinaria y urgente necesidad. Pero es que lo mismo sucede con el segundo, esto es, la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de necesidad y la medida adoptada. La opinión mayoritaria del Tribunal, al parecer del voto particular, incurre aquí en contradicción por cuanto que la decisión de liberalizar el mercado de hidrocarburos líquidos, mediante la apertura de estaciones de servicio en los grandes establecimientos comerciales, tendrá un impacto práctico moderado, pues los puntos de instalación de suministros serán escasos.

Por tanto, por una parte, se justifica la necesidad de utilizar el decreto-ley por la importancia del sector energético como factor de desarrollo de la economía a fin de validar la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad, pero, de otro lado, descarta que la valoración de la eficacia o incidencia cuantitativa de la medida pueda integrar el segundo canon de enjuiciamiento de la regularidad constitucional del presupuesto habilitante del dictado de la norma de urgencia.

En tercer lugar, el voto particular centra la atención en el no cumplimiento de otro de los tradicionales requisitos que se exigen a todo decreto-ley, esto es, la inmediatez de las medidas a adoptar. La existencia de obligaciones *pro futuro* en la norma (que las instalaciones de servicio se instalen en los centros comerciales que se abran en el futuro) acredita claramente que no estábamos ante el requisito necesario para dictar una norma de este tipo y sí, en todo caso, por una norma con rango de ley de carácter ordinario.

Contiene, en definitiva, el voto particular comentado una interpretación estricta y rigurosa de los presupuestos y requisitos constitucionales para considerar legítimo el apoderamiento, aunque sea provisional, por el gobierno del poder legislativo. Se trata de una interpretación, entendemos, acorde con el carácter y naturaleza extraordinarios y excepcionales con los que debemos contemplar los decretos-leyes en nuestro sistema constitucional.

Esperemos que los próximos pronunciamientos que necesariamente tendrán que darse al enjuiciar los muchos decretos-leyes dictados e impugnados recientemente sigan por la línea de la interpretación de este voto particular, y no por la más laxa y ambigua de la mayoría del Tribunal, en esta última sentencia. En cualquier caso, el enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional siempre llegará tarde (a veces, incluso se anulan normas cuando ya están derogadas)²⁵ y el daño ya se habrá producido tanto para el sistema tradicional de fuentes del Derecho, para la clásica teoría de la división de poderes, pero, lo que es peor, para los derechos de los particulares, que pueden verse afectados muy gravemente por el uso de decretos-leyes de carácter singular.

IV. CONCLUSIONES

A pesar del intento de reconducción a parámetros constitucionales del uso del decreto-ley por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que

²⁵ El hecho de que la norma haya sido derogada no impide el enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional, tal y como declaró, por ejemplo, en sus sentencias 68/2007, de 28 de marzo, y 136/2001, de 13 de septiembre.

la situación jurídica actual dista mucho de la recomendable medida y excepcionalidad con las que en el Estado de Derecho debe hacerse uso por el poder ejecutivo de esta potestad de dictar normas con rango de ley. Muy al contrario, la situación económica por la que atraviesa nuestro país está sirviendo de coartada a los ejecutivos central y autonómicos para justificar la existencia de una especie de «estado de excepción» que les ampara para gobernar a base de decretos-leyes. Si todo es urgente, puede que nada lo sea. La emergencia o excepción constitucional no puede convertirse en regla de gobierno.

Los decretos-leyes, al igual que las llamadas leyes «complejas» por el Tribunal Constitucional o leyes de contenido disperso y heterogéneo, se han instalado como un sistema alternativo de legislar o, mejor, como un sistema ordinario de legislar, que genera inseguridad jurídica y que favorece la creación de un cuerpo normativo anómalo y contradictorio. El legislador es un mero espectador que convalida lo hecho por el gobierno y anula la posibilidad de un mínimo debate democrático. La discusión pública, en el Parlamento, de las decisiones y medidas que afectan a todos los ciudadanos es la esencia del sistema parlamentario y del Estado de Derecho tal y como hasta ahora lo conocíamos. Este principio esencial se está diluyendo, entre otras causas, por el desproporcionado y, por tanto, inconstitucional uso del decreto-ley.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, además, el decreto-ley se utiliza como blindaje normativo frente al control contencioso de las disposiciones del gobierno y, también, como mecanismo de huida de los procedimientos de elaboración de los reglamentos. La vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta en estos casos flagrante.

En un Estado de Derecho, la necesidad de respetar el orden de producción de las normas no es un tema menor, sino que es trasunto del principio esencial de separación de poderes y reflejo de la calidad democrática de un país. El hecho de que se disponga de mayorías parlamentarias suficientes como para poder aprobar, sin problemas, cualquier tipo de fuente del Derecho no es razón suficiente como para gobernar a base de decretos-leyes. La simple oportunidad de debatir en el Parlamento el contenido de una norma de la trascendencia de una ley es una garantía esencial de la democracia, insisto, independientemente de que el partido político que sustenta al gobierno tenga mayoría suficiente para aprobar sin dificultad tanto leyes ordinarias como, incluso, orgánicas

