

LA CLAUSULA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD» DEL DECRETO-LEY EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Por AGUSTIN S. DE VEGA GARCIA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. NOTAS SOBRE EL ARTÍCULO 86 DE LA CONSTITUCIÓN.—III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LA CLÁUSULA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD».—IV. LA DOBLE FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA: 1. *El presupuesto habilitante y su control de constitucionalidad*: A) La necesidad; B) La urgencia. 2. *La «conexión de sentido» y su control de constitucionalidad. La «sobrevvenida falta de adecuación».*

I. INTRODUCCION

Abordar el estudio del control jurisdiccional del decreto-ley es penetrar en un problema de gran importancia para el Derecho constitucional. La conveniencia, regulación, límites y control de este instrumento normativo se han planteado siempre como cuestiones complejas en la evolución de la Teoría del Estado y del Derecho público moderno. Problemas que, por sus implicaciones teóricas y prácticas, no sólo han sido —y son— debatidos por la doctrina desde una perspectiva dogmática, sino que provocan palpables consecuencias en el terreno político.

Históricamente, la producción normativa de urgencia ponía de relieve, incluso en aquellos ordenamientos que expresamente la preveían, momentos

de crisis, más o menos grave, del sistema (1) y la ausencia de controles jurisdiccionales al ejercicio de aquella atribución. En la actualidad, sin embargo, cuando los decretos-leyes adquieren un cierto grado de estabilidad, denotan sencillamente un relativo estado de disfunción en las instituciones, de algún modo provocado por la evolución del Estado contemporáneo.

Es lo cierto que las finalidades sociales del Estado actual, planteadas como objetivos concretos de la acción de sus órganos, han modificado aquella realidad histórica. Concretamente, es en el perfil práctico y político en el que el proceso de formación del llamado Estado social adquiere mayor importancia. La introducción de instrumentos de dirección pública en la vida social y económica ha obrado una transformación en la acción de gobierno desde la que se explica que en la organización constitucional se haya producido, por una parte, un deslizamiento del poder de dirección política del Parlamento al Gobierno y, por otra, una visible alteración en el sistema tradicional de fuentes del ordenamiento (2). Esta tendencia a la ampliación de los poderes normativos del ejecutivo en los sistemas políticos contemporáneos, a la que no es ajeno nuestro texto constitucional, viene a condicionar, en cierta medida, el marco de actuación del Tribunal Constitucional y la interpretación de su doctrina.

Además, el núcleo de la forma de gobierno (con el que se pretende aludir a las relaciones, jurídicamente establecidas, entre el Gobierno y el Parlamento) aparece determinada, desde la realidad política, por la actuación de los grupos políticos (3). Hoy ya no puede mantenerse que ejecutivo y legislativo sean dos realidades distintas, sino, al contrario, realidades que se identifican materialmente en «un centro decisorio localizado en un partido o coalición

(1) Esta constatación histórica se hace en España aún más evidente. Desde el decreto con valor de ley que atribuyó al general Primo de Rivera la Presidencia del Directorio Militar y suspendió temporalmente la vigencia de la Constitución de 1876 es conocida por todos la propensión a gobernar autoritariamente mediante decretos-leyes.

(2) A este respecto, como recientemente ha escrito J. L. CASCAJO CASTRO, en el Estado contemporáneo «la Administración ya no puede considerarse simple órgano de ejecución de la ley (...). Además es patente un alto grado de heterodoxia en el sistema de fuentes de producción normativa. La compleja escena de las fuentes normativas del actual Estado pluralista se torna inexplicable con el esquema binario (ley/reglamento) propio del Estado liberal legislativo. Hoy es una evidencia la progresiva dilatación de la fuerza del acto normativo, que ha ampliado considerablemente el recinto de los procesos productivos del Derecho» (*La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, págs. 37-38).

(3) K. LENK y F. NEUMANN: «Introducción» a *Teoría y sociología crítica de los partidos políticos*, Barcelona, 1980, pág. 36.

de partidos» (4). De esta suerte, porque la vieja idea de que el Parlamento controla al Gobierno ha sido claramente superada, en el Estado contemporáneo el único órgano capaz de definir, en términos jurídicos, los perfiles constitucionales de la potestad legislativa será el Tribunal Constitucional.

Es precisamente en este marco, a nuestro entender, desde el que ha de analizarse no sólo el instrumento normativo del decreto-ley y su relación con las leyes, sino el propio papel del Tribunal en el control de la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad», verdadero título habilitante de la potestad legislativa del Gobierno (art. 86.1 CE). En este contexto esbozado se pone ya de relieve la delicada función del Tribunal como «intérprete supremo» de la Constitución. Ciertamente, el control constitucional del reparto de potestad legislativa entre el Parlamento y el Gobierno viene a conferir una determinada dimensión a sus relaciones recíprocas. Además, mediante aquel control, el Tribunal adquiere un significado relevante en la definición de la forma de gobierno. Como ha advertido A. Pizzorusso, la interpretación constitucional de las disposiciones que regulan los poderes normativos primarios es, de un lado, un punto de referencia fundamental para conocer la forma de gobierno de un Estado y, de otro, el modo jurídicamente más correcto de señalar los límites entre el Gobierno y el poder legislativo en el ejercicio de la función de dirección política (5).

Nuestro Tribunal Constitucional, a pesar de los riesgos de politización que ello conlleva, se ha declarado competente para efectuar el control de la correcta gestión del sistema de fuentes del ordenamiento. Desde sus primeras sentencias ha asumido la capacidad para constatar, mediante un «pronunciamiento previo y diferenciado» (6), la «extraordinaria y urgente necesidad» que habilita al Gobierno a dictar decretos-leyes. Es sobre este pronunciamiento previo sobre el que queremos centrar nuestra atención, no sin antes advertir que los debates constituyentes no aportan datos relevantes a este objeto (7).

(4) M. GARCÍA-PELAYO: *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, pág. 114.

(5) A. PIZZORUSSO: «I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo», en *Politica del Diritto*, 2, 1981, págs. 301 y sigs.; del mismo autor, *Fonti del Diritto*, Bolonia, 1977.

(6) Un pronunciamiento previo y diferenciado —ha dicho el Tribunal— del que «igualmente pueda formularse sobre el contenido específico de la norma» (STC 29/1982, de 31 de mayo, fund. jur. 3.º, párrafo 6).

(7) Desde que en el Anteproyecto de Constitución aparece la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad», solamente la enmienda número 55, de Progresistas y Socialistas Independientes, promovió una matización gramatical («en caso de urgencia y de extrema necesidad»), a fin de «acentuar el carácter excepcional del decreto-ley»; pero aun así, no fue ni siquiera defendida en Comisión. Si exceptuamos esta anecdótica

II. NOTAS SOBRE EL ARTICULO 86 DE LA CONSTITUCION

Nuestra Constitución de 1978, siguiendo en cierta medida el modelo italiano, ha atribuido al Gobierno la capacidad para dictar decretos-leyes en casos de «extraordinaria y urgente necesidad». De este modo, el texto constitucional ha escindido en dos la función legislativa, atribuyéndola no sólo a las Cortes, sino también al Gobierno, que la ejerce como potestad propia. En su artículo 86 se *reconoce* y, a la vez, se *restringe* la potestad legislativa del Gobierno, enmarcándose, así, en la «tendencia general de los sistemas parlamentarios contemporáneos» (8).

Reconocer la potestad legislativa en el Gobierno —un órgano enraizado en la mayoría política— no significa, políticamente al menos, reconocer función legislativa en una sede distinta del Parlamento, sino más bien en una parte o fragmento de éste. Por otra parte, limitando el decreto-ley a los casos de «extraordinaria y urgente necesidad» no se atribuye al Gobierno «una omnipotencia imposible de fundamentar, precisamente porque legislar no es ya disponer libremente, sino ejercitar una función sujeta a la Constitución» (9).

La Constitución ha unido, pues, *reconocimiento* y *restricción* en el régimen jurídico que preside la potestad legislativa del Gobierno y ha asentado su uso legítimo en «tres bloques definidos» (10) de requisitos esenciales (ex artículo 86):

a) *Excepcionalidad* o concurrencia de un «caso de extraordinaria y urgente necesidad».

b) *Limitación material*: los decretos-leyes «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos reguladas en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general».

c) *Provisionalidad*. La Constitución ha definido el decreto-ley como «una disposición legislativa provisional», que debe ser sometida inmediatamente

enmienda del Senado, la citada cláusula fue aprobada en los distintos foros constituyentes sin debate alguno, que hubiese podido ilustrar su análisis e interpretación.

(8) Véase E. CHELI: «L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1959, página 464.

(9) I. DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, página 213.

(10) Véanse STC 29/1982, fund. juríd. 1.º, párrafo 1; STC 6/1983, de 4 de febrero, fund. juríd. 5.º, párrafo 1, entre otras.

al Congreso de los Diputados para que se pronuncie expresamente sobre su convalidación o derogación, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación.

A estos requisitos esenciales puede añadirse una característica singular del decreto-ley. Este es un instrumento normativo sobre el que puede recaer un doble control *ex post*. Está sujeto a *control parlamentario*, ejercido por el Congreso, «de acuerdo a criterios tanto de oportunidad política como jurídico-constitucionales» (11), conforme al procedimiento establecido en el artículo 86.2 de la Constitución. Y también puede ser objeto de *control de constitucionalidad*, porque la decisión del Gobierno exige la interpretación de términos incorporados al texto constitucional que, como hemos visto, operan como habilitación y limitación del ejercicio de esa potestad legislativa. En este caso, el Tribunal Constitucional resolverá «en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar decretos-leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución» (12). Este segundo tipo de control tiene interés aun en el caso de que el decreto-ley ya no esté en vigor. Pues, como ha afirmado el propio Tribunal, «es la pureza misma del ordenamiento jurídico lo que se ventila en esta sede jurisdiccional, y ello ha de decidirse en términos de validez o invalidez *ex origine* de las normas impugnadas sin atender a la vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo constitucional» (13). Lo que, de nuevo, viene a poner de relieve un interés especial del Tribunal por diferenciar dos instituciones, la inconstitucionalidad y la ineficacia, que con frecuencia se confunden y que, obviamente, producen consecuencias bien distintas en el plano jurídico.

Desde su entrada en vigor, el decreto-ley despliega una eficacia autónoma en el ordenamiento, al que se incorpora provisionalmente como una norma con fuerza y valor de ley. Se trata de una eficacia temporalmente limitada en virtud de la necesaria convalidación, pero a fin de cuentas eficacia *in toto*.

Una vez publicado en el *BOE*, podrá llevarse a efecto el control del Congreso de los Diputados (arts. 86.2 CE y 151 RCD), que habrá de pronunciarse *expresamente* sobre la convalidación o derogación del decreto-ley en el plazo de treinta días (14). No obstante, durante dicho plazo el constituyente ha

(11) STC 29/1982, fund. juríd. 2.º, párrafo 1.

(12) STC 29/1982, fund. juríd. 2.º, párrafo 2.

(13) STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. juríd. 1.º, párrafo 3.

(14) El hecho de que el Congreso haya de pronunciarse *expresamente* elude la posibilidad de conferir un valor positivo al silencio de la Cámara Baja (véase I. ASTAR-

admitido la posibilidad de que las Cortes acuerden tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (15).

De esta suerte, se abren tres posibles vías de actuación del Congreso de los Diputados: *a)* convalidación del decreto-ley; *b)* convalidación y conversión del decreto-ley en ley formal, y *c)* derogación del decreto-ley.

a) El acuerdo de convalidación simplemente confiere al decreto-ley una eficacia estable en el ordenamiento como norma con fuerza de ley. En palabras del Tribunal, la convalidación no es sino «el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución» (16). Pero la convalidación no transforma al decreto-ley en ley formal ni sirve para subsanar los vicios de que pueda estar afectado.

De este modo, el acto de convalidación implica, según el Tribunal, el ejercicio de «competencias fiscalizadoras» (17), y no es ni formal ni materialmente una ley (18), aunque se le deba reconocer un cierto valor normativo (19). Porque esto es así, el Tribunal, al plantearse la naturaleza jurídica

LOA HUARTE: «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», en *RAP*, 106, 1985, pág. 145). Lo que implica necesariamente una ilicitud *ab initio* de todos los efectos del decreto-ley (véase P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988, págs. 212-213).

(15) Acertadamente, el Reglamento del Congreso de los Diputados ha instituido la convalidación como acto preceptivo y *previo* a la decisión de las Cámaras de convertir el decreto-ley en ley por el procedimiento de urgencia (art. 151.4 RCD).

(16) Véase STC 29/1982, fund. juríd. 2.º, párrafo 7.

(17) *Ibidem*.

(18) Desde un punto de vista formal, la convalidación no puede considerarse una ley porque toma forma de resolución, firmada por el presidente del Congreso, en la que se ordena la publicación del acuerdo. Tampoco puede ser considerada como una ley, desde un punto de vista material, porque el Senado no participa en la decisión y porque su contenido no regula situaciones jurídicas. Véase I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 154.

(19) Respecto de la problemática que suscita la naturaleza de la intervención del Congreso, se pueden advertir, además de la posición del Tribunal, dos tesis diferentes. Por una parte, la de aquellos autores que mantienen que se trata de una actividad mixta: de control y normativa (I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., págs. 159 y sigs.; J. R. MONTERO y J. GARCÍA MORILLO: *El control parlamentario*, Madrid, 1984, págs. 94-96). Por otra, la de aquellos que acentúan el carácter normativo frente al de control [P. SANTAOLALLA: *Derecho parlamentario español*, Madrid, 1984, págs. 337 y sigs.; A. TORRES DEL MORAL: *Principios de Derecho constitucional español*, II, Madrid, 1986, pág. 174; P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)», en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, págs. 154 y sigs.; I. DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 206].

del decreto-ley, ha pretendido subrayar que la convalidación no convierte al decreto-ley en ley formal (20). Tras el acuerdo de convalidación, aquél sigue conservando su naturaleza jurídica: pervive en el ordenamiento *quo* decreto-ley. Lo que ha llevado al propio Tribunal a afirmar que el acto del Congreso, más que un acto de convalidación tiene carácter homologatorio (21), y que por no gozar de la fuerza y el valor de la ley no posee efectos sanatorios de los vicios del decreto-ley (22).

b) Como fórmula alternativa, es posible también que las Cortes, tras el acuerdo de convalidación del Congreso —y sólo después del mismo—, acuerden la tramitación del decreto-ley por el procedimiento legislativo de urgencia (art. 86.3 CE). En tal caso, el decreto-ley tampoco verá mudada su naturaleza jurídica: pervivirá en el ordenamiento hasta que la ley de conversión lo modifique o convierta en ley formal. A partir de este momento, el producto normativo gozará de la virtualidad que la potestad legislativa de las Cortes le confiere, sin que puedan admitirse efectos sanatorios retroactivos en la ley de conversión, a pesar de que la lectura de algún razonamiento del Tribunal puede llevarnos a una conclusión distinta (23). Por otra parte, porque es lo

(20) «Ahora bien, en aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se haya limitado a ejercer sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2 del artículo 86 CE, sin acudir a la vía del número 3, no puede considerarse que el decreto-ley se haya convertido en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación [...]. En otras palabras: el decreto-ley no se transforma en ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica» (STC 29/1982, fund. juríd. 2.º, párrafo 7).

(21) Así lo ha denominado el Tribunal en la STC 6/1983: «Lo que el artículo 86 de la Constitución llama «convalidación» es más genuinamente una *homologación* respecto de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino» (fund. juríd. 5.º, párrafo 3).

(22) «La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un decreto-ley no produce la sanación del mismo si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación» (STC 6/1983, fund. juríd. 5.º, párrafo 3).

(23) Véase la STC 6/1983, fund. juríd. 5.º, párrafo 3. En ella se admitía expresamente que «la 'sanación' sólo podría producirse mediante su transformación en ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria». Este párrafo poco afortunado hace posibles dos interpretaciones divergentes: a) que el decreto-ley originariamente nulo por incumplimiento de los requisitos del artículo 86 se convierta en legítimo desde su origen, tras la ley de conversión, y b) que desde la entrada en vigor de la ley de conversión el contenido del decreto-ley deje de estar sometido a las limitaciones del artículo 86 y, por consiguiente, queden sanados sus vicios. Desde nuestro punto de vista, ésta es la interpretación correcta. Sin embargo, el grave problema de los efectos sanatorios retroactivos de la ley de conversión volvió a plantearse ante la jurisprudencia constitucional. De nuevo el Tribunal admitió implícitamente que la ley de conversión tiene capacidad para subsanar *ex origine* los vicios del decreto-ley. «El fe-

cierto que con los efectos de la sanación retroactiva se vuelven ilusorios los límites del artículo 86.1, debe considerarse ilegítimo que el legislador utilice en la ley de conversión disposiciones retroactivas para revalidar *ex origine* determinados contenidos del decreto-ley, pues ello implicaría un inadmisibles fraude a la Constitución (24).

c) Cabría asimismo que el Congreso adoptase una tercera vía de actuación: la derogación del decreto-ley. Porque, en este caso, el acuerdo es de no convalidación, la doctrina entiende que de la propia expresión del texto constitucional («derogación») se deduce su eficacia *ex nunc*. Lo que no implica la inatacabilidad del decreto-ley durante su período de vigencia (25).

Es precisamente esta concepción del decreto-ley, entendido como norma cuya estabilidad en el ordenamiento depende de la intervención de las mayorías políticas, que no muda su naturaleza jurídica, la que condiciona en la jurisprudencia constitucional la interpretación y el control de la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad».

nómeno es el singular del artículo 86.3: en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un decreto-ley se culmina con una ley que sustituye —con los efectos retroactivos inherentes a su objeto— al decreto-ley» (STC 111/1983, fund. jur. 2.º). Esta sentencia vino acompañada de un fundado y certero voto particular en el que se discrepaba de la ausencia de una clara separación entre decreto-ley y ley de conversión: «el decreto-ley que se encontraba vigente en el momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad es una norma distinta de la ley posterior, pues de otro modo desaparecerían las limitaciones que el artículo 86.1 de la Constitución impone al decreto-ley» (razonamiento 1.º, párrafo 3). Ciertamente, la posición mantenida en el voto particular encaja mejor, a nuestro parecer, con la doctrina sentada por el Tribunal sobre la naturaleza jurídica del decreto-ley y de la convalidación del Congreso.

(24) Véanse, en el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1979, pág. 167; P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias...», cit., pág. 153; I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 155. La eficacia *ex tunc* del acto de derogación es defendida por J. SALAS: «Los decretos-leyes en la Constitución de 1978», en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, III, Madrid, 1979, pág. 1852; J. R. MONTERO y J. MORILLO: *El control...*, cit., págs. 106 y sigs.; J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1988, págs. 118-119.

(25) I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 155; I. DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., págs. 210 y sigs.; P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., págs. 210 y sigs.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Y LA CLAUSULA «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD»

La posición crítica de una parte de la doctrina respecto de la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» obliga a detenerse en la problemática que suscita dicha cláusula y el papel que, a nuestro juicio, debe desarrollar el Tribunal Constitucional en su control.

Es lo cierto que la defensa de la Constitución y del sistema constitucional de fuentes del ordenamiento son un válido argumento para que el Tribunal efectúe el control jurisdiccional sobre la cláusula del artículo 86.1, es decir, sobre la opción política del Gobierno de dictar un decreto-ley. El control de constitucionalidad de la «extraordinaria y urgente necesidad» que habilita la potestad legislativa del Gobierno constituye, en nuestra opinión, uno de los momentos más importantes de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los órganos titulares de la función de dirección política del Estado. Lo que, adicionalmente, complica su ejercicio y dota de mayor importancia a las consecuencias que puedan derivarse del mismo. Sin embargo, los límites de este control no se presentan, al menos *a priori*, claramente trazados.

A este respecto, nuestra doctrina ha discutido si la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» es un ejemplo de concepto jurídico indeterminado (26) o bien se trata de un supuesto de apreciación discrecional por los órganos políticos, en el que la función del Tribunal Constitucional sería limitada (27). Lejos de entrar en tan polémica distinción —que, dicho sea de paso, se forja en la dogmática *iuspublicista* para controlar la actividad de la Administración y no para explicar la praxis de la acción de gobierno—, podemos efectuar al menos dos consideraciones significativas:

a) Por una parte, desde nuestro punto de vista, en la misma medida en que la evolución del Estado contemporáneo (como Estado social y «Estado de partidos») confiere al Gobierno un palpable peso en la vida política, ha de

(26) Véanse, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, cit., pág. 142; I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 118; L. J. SEGURA GINARD: «El control de los decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la sentencia de 2 de diciembre de 1983, recaída en el caso Rumasa», en *RAP*, 104, 1984, pág. 364.

(27) Véase J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes...*, págs. 112-113. Una breve sistematización de las distintas posiciones de la doctrina puede verse en P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, págs. 123-124.

reconocerse también una cierta discrecionalidad a los órganos políticos en la elección de los instrumentos normativos más oportunos para la dirección política del Estado. En este sentido, admitir que el Gobierno tiene un margen de apreciación discrecional de la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» no significa sino constatar la importancia de las mayorías políticas en el proceso político democrático del actual Estado constitucional. Nuestra jurisprudencia constitucional, en este contexto, ha entendido que la naturaleza de la citada cláusula está más próxima a los supuestos de apreciación discrecional por los órganos de dirección política del Estado (28) que a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados (29). De esta suerte, la cesión de un «razonable margen de discrecionalidad» en favor del Gobierno para la apreciación del caso de «extraordinaria y urgente necesidad», además de haber sido expresamente reconocido por el Tribunal (30), se pone de relieve también en el importante valor que se concede a todos aquellos factores que, reflejados formalmente, justificaron la decisión de dictar un decreto-ley (31).

(28) En la STC 111/1983 se alude expresamente a «unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan —por la propia función que compete al Tribunal— toda injerencia en la dirección política» y se utilizan también los términos «actuaciones discrecionales» para referirse a la actividad que desarrolla el Gobierno en el espacio inherente a la acción política (fund. jur. 5.º). En la más reciente STC 60/1986, de 20 de mayo, se habla de «supuesto» o de «situación» —y no de concepto jurídico indeterminado— para referirse a la cláusula habilitante (fundamento jurídico 3.º, párrafo 5).

(29) En la STC 29/1982 el Tribunal rechazó las alegaciones de los recurrentes, que entendían la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» como un concepto jurídico indeterminado. Véanse los Antecedentes 1.c) y 3.a) de esta sentencia, donde se contienen las posiciones de las partes. El Tribunal parece acercarse más a la sostenida por el abogado del Estado, que alegaba el carácter *discrecional* de la apreciación de la citada cláusula por el Gobierno.

(30) STC 29/1982, fund. jur. 3.º, párrafo 4.

(31) Para el ejercicio de la potestad de control de la cláusula habilitante —ha dicho el Tribunal— «es necesario acudir a la valoración en su conjunto de todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno dictar el decreto-ley, los cuales han quedado reflejados en la exposición de motivos, en el debate parlamentario y en el propio expediente de elaboración de la norma» (STC 29/1982, fund. jur. 3.º). Aunque es lo cierto también que no han faltado decretos-leyes (como el Decreto-ley 13/1984, de 13 de diciembre) que carecen de exposición de motivos.

La significación de este hecho no es, sin embargo, baladí. Como ha advertido E. MALARÉ, en la medida en que se utiliza este criterio para apreciar la constitucionalidad del decreto-ley por este motivo, parece consumarse un curioso fenómeno de inversión de la carga de la prueba: ya no habrá de ser el Gobierno quien deba justificar su decisión, sino que cualquier definición de la urgencia y la necesidad será válida mientras no se desvirtúe ante el Tribunal (cfr. «Algunas consideraciones en torno a la STC 29/1986, de 20 de febrero», en *RAP*, 111, 1986, págs. 280-281).

Obviamente, la citada cláusula no posee los rasgos de una disposición jurídica. Parece más bien un dato en el que la hermenéutica jurídica tiene un lugar muy reducido frente al que corresponde a las opciones políticas; un espacio que procede de la propia incorporación de la cláusula a los preceptos del texto constitucional. Quizá convenga recordar que nuestra Constitución se remite frecuentemente a valores y a conceptos propios de disciplinas no jurídicas, de conveniencia política, económica, etc., y que, a pesar de su rigidez formal, genera un sistema normativo elástico, que tiene su origen en la existencia, entre sus preceptos, de una gran variedad de términos imprecisos y de lábiles criterios orientativos, entre los que se encuentra la «extraordinaria y urgente necesidad». Pues bien, es precisamente por estar incluidos en el texto constitucional por lo que el Tribunal no puede desconocer su valor normativo, en cuanto tales expresiones se demuestren jurídicamente indefinidas.

Porque esto es así, la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad», además de tratarse de uno de los supuestos en que, con más evidencia, se manifiestan los límites del control jurisdiccional de lo político, tiene también la particular función de servir de «sugerencia» del Constituyente al Gobierno para que se haga cargo de los inconvenientes y de la grave perturbación institucional que traería consigo la utilización sistemática del decreto-ley.

b) Por otra parte, es necesario advertir, asimismo, que el intento de definir jurídicamente una situación fáctica designada de manera abstracta —como es la «extraordinaria y urgente necesidad»— podría traer consigo la emisión de juicios de valor difícilmente encuadrables entre los términos del razonamiento jurisdiccional. Desde este punto de vista, porque el Tribunal corre el riesgo de extender arbitrariamente los límites de su función a la hora del control de la citada cláusula, se dificulta la diferenciación entre control jurídico-constitucional y juicio político (32).

La distinción entre juicio de oportunidad y control de legitimidad constitucional reside, según L. Paladin, al menos en un doble fundamento, que tiene su origen en el sentido de las normas constitucionales. De un lado, no debe olvidarse que corresponde al Tribunal Constitucional, como intérprete supre-

(32) Precisamente porque la idea de un control de constitucionalidad sobre la «extraordinaria y urgente necesidad» contiene implicaciones de orden político, relevantes autores se han mostrado poco partidarios de reconocer a la Corte Constitucional la competencia para superponerse a la valoración política efectuada por el Gobierno-Parlamento. Véase F. PIERANDREI: «Corte costituzionale» (voz), en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milán, 1962, págs. 901-902; sobre el particular, véanse las consideraciones de L. PALADIN: «In tema di decreti-leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, pág. 554, nota 67.

mo de la Constitución, una tarea de integración de las nociones imprecisas y de las lagunas del «programa» trazado en el texto constitucional. De otro, ha de recordarse que, en la medida en que la imprecisión de los conceptos y términos insertos en los preceptos constitucionales se haga más acusada, la capacidad de control constitucional disminuye en favor de un juicio de mérito (33). Quizá por ello, tempranamente nuestro Tribunal formuló expresamente la diferenciación aludida:

«... en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos» (STC 11/1981, de 8 de abril; fund. juríd. 7.º, párrafo 1).

«... es al legislador en cada caso competente, y no a este Tribunal, al que corresponde sopesar las ventajas e inconvenientes de su decisión» (STC 32/1981, de 21 de julio; fund. juríd. 6.º, párrafo 5).

«No es competencia del Tribunal Constitucional el pronunciamiento sobre la mayor o menor oportunidad técnica de las medidas que en el mismo se establecen (...), pues ello se enmarca en la actividad propia del debate parlamentario y la defensa en el mismo de los distintos criterios que al respecto se formulen» (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. juríd. 5.º).

A la vista de tales afirmaciones, ¿hasta qué punto el control de constitucionalidad de la cláusula habilitante no implica un relativo enjuiciamiento político, que la jurisdicción constitucional no debe efectuar? ¿Cómo podrá conocer el Tribunal la existencia del presupuesto habilitante si no pone en conexión las concretas medidas adoptadas con la abstracta situación de necesidad extraordinaria y urgente? Y si ello es necesario, ¿no está implícitamente enjuiciando la mayor o menor oportunidad técnica y política de las medidas con que el Gobierno pretende hacer frente a la situación extraordinaria?

¿Cuál ha sido, no obstante, la tendencia de la jurisprudencia constitucional en este aspecto?

1. La posición del Tribunal surge decididamente orientada al control de constitucionalidad de la cláusula habilitante. Desde la sentencia 29/1982, de 31 de mayo, la jurisprudencia constitucional califica la potestad legislativa

(33) Véase L. PALADIN: «Legittimità e merito nel processo costituzionale», en *RTDP*, 1964, págs. 328-329.

del Gobierno como una «excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes» (fund. juríd. 1.º párrafo 2). Y entiende que el control político efectuado por el Congreso «no puede ser obstáculo» para que el propio Tribunal emita un juicio sobre la existencia del presupuesto habilitante (fundamento jurídico 3.º, párrafo 3) (34).

La duplicidad de controles se justifica, pues, tanto en la excepcionalidad del instrumento normativo cuanto por la distinta naturaleza y finalidad de cada uno de ellos. El Congreso, como titular de la función de control parlamentario, lleva a cabo una valoración eminentemente política de las condiciones que concurren en la decisión del Gobierno de excluir el *iter* legislativo ordinario y optar por el instrumento del decreto-ley. El Tribunal Constitucional, por su parte, tutela «la conveniencia de no alterar el orden constitucional normal de la elaboración de las normas, impidiendo que se soslaye el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes a través de una *utilización abusiva* del decreto-ley» (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. juríd. 2.º, párrafo 8).

En consecuencia, la jurisdicción constitucional controla jurídicamente el correcto ejercicio de la potestad normativa primaria para garantizar la «gestión» constitucional del sistema de fuentes, ante las inexorables consecuencias de una de las prácticas que definen el «Estado de partidos»: el previsible apoyo de la mayoría parlamentaria con que el Gobierno puede ver respaldada su decisión.

De esta suerte, orientada su actividad a hacer efectivo el respeto de los requisitos previstos por el constituyente para la distribución de la función legislativa entre el Parlamento y el Gobierno, el Tribunal adopta un papel de *órgano regulador del equilibrio constitucional entre los poderes del Estado*, junto al de intérprete abstracto de la Constitución.

2. Precisamente porque el ejercicio de esta atribución es políticamente problemático, sólo una expresa actitud de autolimitación puede no transformar al Tribunal Constitucional en co-titular de la dirección política del Estado. Su función, como se sabe, ha de ajustarse a la interpretación jurídica suprema de la Constitución, lo que excluye efectuar —como el propio Tribunal ha reconocido— la emisión de juicios de oportunidad política.

Para evitar valoraciones de mérito, la jurisprudencia constitucional ha limitado la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley, por ausencia de

(34) En la STC 111/1983 reitera esta doctrina: «El control parlamentario no excluye el jurisdiccional, ejercitable, como todo lo definido por esta nota de lo jurisdiccional, a través de criterios y razones jurídicas» (fund. juríd. 5.º); igualmente, véase STC 60/1986, fund. juríd., 3.º, párrafo 5.

la situación de «extraordinaria y urgente necesidad», a los «supuestos de uso abusivo o arbitrario» de este instrumento normativo por el Gobierno (35). Más concretamente, el Tribunal ha ceñido tal declaración «sólo» a aquellos casos de abuso o arbitrariedad «en los que *manifiestamente* no concurra el presupuesto del hecho habilitante» (36). Así pues, frente a posiciones críticas que propugnan un control más incisivo y riguroso del Tribunal (37), lo cierto es que no pueden desconocerse las implicaciones políticas de una decisión jurisdiccional que se superpone a la valoración que, sobre la situación fáctica de «extraordinaria y urgente necesidad», puedan hacer los titulares de la función de dirección política. En el mismo sentido, tampoco puede soslayarse el problemático y delicado contexto institucional que podría surgir tras una decisión así (38). De esta suerte, a nuestro entender, es la moderación de los miembros del colegio la que ha de mantener el equilibrio constitucional entre opciones políticas, control de constitucionalidad y tutela de la correcta «gestión» del sistema de fuentes. En otras palabras: el contrapunto al peligro de un ejercicio expansivo de la jurisdicción constitucional en favor del enjuiciamiento político de la cláusula habilitante reside únicamente en una decidida actitud de *self restraint* del propio Tribunal Constitucional. Sólo ante situaciones «macroscópicas» de abuso del decreto-ley, con la condescendencia del Parlamento (39), de *evidente inexistencia del presupuesto habilitante o de «patente arbitrariedad en la suplantación del legislador por obra del ejecutivo»* (40), encuentra justificación la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley por este motivo.

Son precisamente la arbitrariedad o uso abusivo del decreto-ley y la razonabilidad los criterios acogidos por el Tribunal para ejercer el control de constitucionalidad de la cláusula habilitante. Lo que pone de manifiesto una actitud de meridiana autorrestricción, a nuestro juicio, acertada.

(35) STC 29/1982, fund. juríd., 3.º, párrafo 4.

(36) STC 60/1986, fund. juríd. 3.º, párrafo 6.

(37) Entre otros, I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 116; críticamente, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ: «El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley», en *RDP*, 25, 1986, pág. 177.

(38) Véase G. ROLLA: *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pág. 320.

(39) F. SORRENTINO: «La Corte costituzionale fra decreto-legge e legge di conversione», en *Diritto e società*, 1974, págs. 507 y sigs.; del mismo autor, «Spunti sul controllo della Corte costituzionale sui decreti-legge e sulle leggi di conversione», en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Roma, 1977, pág. 761.

(40) L. PALADIN: «Decreto-legge» (voz), en *Novissimo Digesto italiano*, Turín, 1960, pág. 290.

IV. LA DOBLE FUNCIONALIDAD DE LA CLAUSULA

Como ha puesto de relieve P. Cruz Villalón (41), una de las aportaciones más importantes de la jurisprudencia constitucional sobre la «extraordinaria y urgente necesidad» del decreto-ley ha sido la afirmación de la *doble funcionalidad* que esta cláusula asume.

a) Por una parte, la necesidad caracterizada por las notas de la urgencia y lo extraordinario constituye lo que el Tribunal ha denominado «*presupuesto habilitante*» de la potestad legislativa del Gobierno (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. jur. 3.º, párrafo 1).

b) Por otra, la situación definida por los órganos políticos como «extraordinaria y urgente necesidad» opera como *condición del contenido del decreto-ley, con el que ha de mantener una «conexión de sentido» o «relación de adecuación»* (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. jur. 3.º, párrafo 4).

1. *El presupuesto habilitante y su control de constitucionalidad*

El artículo 86.1 de la Constitución establece como presupuesto habilitante para que el Gobierno pueda dictar un decreto-ley la existencia previa de un «caso de extraordinaria y urgente necesidad».

Respecto del alcance de estos términos, se ha dicho, con razón, que lo extraordinario carece de valor autónomo en relación con la necesidad y la urgencia (42). En efecto, lo *extraordinario* no es sino aquello no ordinario, lo que trasciende la normalidad. Pero aparte su carácter eminentemente abstracto, tiene, en nuestra opinión, un claro objetivo: el de subrayar la naturaleza excepcional del decreto-ley como instrumento de producción normativa primaria.

La necesidad y la urgencia no sólo califican y cualifican lo extraordinario del caso acaecido, sino que constituyen también, por una parte, el fundamento de la potestad legislativa del Gobierno y, por otra, la exigencia de una decidida actividad del ejecutivo, a fin de disminuir o paliar en lo posible las consecuencias derivadas de una determinada situación fáctica.

(41) P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias...», cit., pág. 147.

(42) P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., pág. 105.

A) *La necesidad*

Ahora bien, se ha discutido (43) si el término «necesidad» debe referirse a situaciones objetivas plenamente constatables por cualquier intérprete jurídico o, por el contrario, debe ser entendido en su sentido relativo, es decir, como la exigencia de una acción gubernamental cuya omisión podría traer consigo, según una óptica política determinada, importantes perjuicios para el interés social general. En suma, se ha planteado la cuestión de si el decreto-ley está previsto únicamente como elemento normativo para casos de necesidad absoluta o como instrumento de gobierno coadyuvante para el desarrollo de un programa político y el logro de los objetivos propuestos.

Nuestro Tribunal, siguiendo una línea doctrinal asentada, ha aludido a esta distinción entre situaciones de *necesidad absoluta* y de *necesidad relativa*. Entre las primeras identifica «aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional» o «un peligro grave... para el orden público» (44). En definitiva, entiende la «necesidad absoluta» como una situación de *crisis del sistema político* frente a la cual, y aunque es bien cierto que el decreto-ley puede ser complemento de legítimo recurso, nuestra Constitución ha previsto sus propios mecanismos de defensa político-existencial (artículo 116).

Entre las situaciones de «necesidad relativa» ha comprendido aquellas en las que se requiere «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual» (45) o «que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental» (46). Para hacer frente a estas situaciones es, según el Tribunal, para lo que está previsto el decreto-ley:

«Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo [que] quiere decir

(43) Véase R. RAVERAIRA: «Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della necessità ed urgenza dei decreti-leggi», en *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1982, págs. 1433 y sigs.; G. VIESTI: *Il decreto-legge*, Nápoles, 1967, págs. 116 y sigs.; P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., págs. 106 y sigs.

(44) STC 6/1983, fund. juríd., 5.º, párrafo 2.

(45) *Ibidem*.

(46) STC 60/1986, fund. juríd., 3.º, párrafo 4. En este sentido, I. DE OTTO ha escrito: «La potestad legislativa de urgencia se puede utilizar en plena normalidad institucional.» A lo que añade que el presupuesto habilitante no ha de entenderse sino como «una anomalía menor, por así decirlo» (*Derecho constitucional...*, cit., página 197).

que la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público (...), sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales» (STC 6/1983, de 4 de febrero; fund. juríd. 5.º, párrafo 2).

«... la utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86, tiene que reputarse lícita en todos los casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país (...) o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (STC 29/1986, de 20 de febrero; fundamento jurídico 5.º, A, párrafo 2).

Esta «teoría de la necesidad relativa» ha sido deducida por el Tribunal de una interpretación sistemática del texto constitucional, basada en una doble argumentación. En primer lugar, la diferente sede en que el constituyente ha ubicado la regulación del decreto-ley (Título III, cap. II: «De la elaboración de las leyes») y los estados de emergencia o situaciones de crisis del orden constitucional (Título V: «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales») permite una distinción no sólo material, sino también formal de ambos tipos de situaciones de necesidad. Y en segundo lugar, en la medida que la definición constitucional del ámbito del decreto-ley se efectúa de modo negativo (mediante una lista de excepciones), de la regulación contenida en el artículo 86 —dice el Tribunal— no puede desprenderse un contenido positivo (47).

Sin embargo, dicha fundamentación no parece resistirse a la crítica. Por una parte, la regulación constitucional dislocada de los estados de emergencia y de las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad no parece sino un argumento formal y, desde nuestro punto de vista, insuficiente para admitir la sustitución sistemática del Parlamento por el Gobierno. Por otra, la regulación constitucional restrictiva de una materia concreta no es tampoco argumento válido para prejuzgar la excepcionalidad de la situación a la que pretende hacer frente (48).

Desde nuestro punto de vista, porque no resulta fácil hallar razonamientos para disminuir la gravedad con que el Constituyente ha calificado la «necesidad» del decreto-ley —una necesidad urgente y extraordinaria—, la construcción de la «teoría de la necesidad relativa» y su fundamentación sirven,

(47) Cfr. STC 6/1983, fund. juríd. 5.º, párrafo 2.

(48) Véase P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias...», cit., pág. 148.

al efecto, como presupuestos de la posición permisiva adoptada por el Tribunal Constitucional.

En realidad, lo que se ha de reconocer es que el colegio, consciente del proceso de ampliación de los poderes del ejecutivo en el Estado contemporáneo y del significado del *status* del Gobierno en nuestro sistema político, parece haber advertido que el decreto-ley, en la actualidad, ha perdido la carga de temor que en épocas pretéritas transmitía, como signo premonitorio de un golpe a las paredes maestras del Estado. Por otra parte, el Tribunal tampoco ha debido ser ajeno a la dificultad para deslindar, en la interpretación del presupuesto habilitante, el razonamiento jurídico y los juicios políticos que pudieran formularse.

Obviamente, porque nuestra jurisprudencia constitucional se ha decantado por dar un sentido relativo al término «necesidad», ha abierto un amplio campo expansivo al uso del decreto-ley como instrumento normativo de gobierno (49). Y porque ha admitido como punto de referencia básico para definir la «necesidad» los objetivos de la política gubernamental, reconoce igualmente una amplia libertad de apreciación del presupuesto habilitante a los órganos políticos. De esta suerte, el Tribunal ha preferido ceñir a un ejercicio restrictivo su propia actividad de control de la «necesidad» (como elemento del presupuesto habilitante), admitiendo expresamente que la solución dada por nuestra Constitución es «flexible y matizada» (50), cuando del texto del artículo 86 parece deducirse cierta rigidez y excepcionalidad.

(49) De esta suerte, se ha admitido como «necesidad» justificante del decreto-ley «la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial» (STC 29/1986, fund. juríd. 2.º, A, párrafo 3) o la pretensión de adecuar el aparato administrativo a los objetivos programáticos de una nueva mayoría política (STC 60/1986, fund. juríd. 3.º, párrafo 7).

(50) STC 6/1983, fund. juríd. 5.º, párrafo 2. En este contexto es necesario advertir la tendencia paulatina del colegio a flexibilizar su propia posición en cuanto al control de la «necesidad». En la primera sentencia (29/1982), el Tribunal confirma decididamente su competencia para ejercitar tal control de constitucionalidad. En las posteriores admite la justificación del decreto-ley «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país». Más recientemente ha admitido también «las necesidades relativas que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental», en el que se incluye la necesidad de actuar los «nuevos objetivos de la acción gubernamental», provocados por la formación de una nueva mayoría (STC 60/1986, fund. juríd. 3.º, párrafo 3). Desde esta perspectiva ha de constatar una evolución de la jurisprudencia constitucional cada día más caracterizada por una posición de *self restraint* y por una peligrosa flexibilización del recurso al decreto-ley. Véase, a este respecto, J. E. SORIANO («Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española», en *RAP*, 100-102, 1983, págs. 453 y sigs.), quien temprana y certeramente observó dicha evolución jurisprudencial.

Porque esto es así, lo que se ha producido, siguiendo a J. Pérez Royo, es una inevitable «desviación entre el Derecho constitucional y la realidad constitucional (*Verfassungsrecht/Verfassungswirklichkeit*)» (51), a la que el propio Tribunal Constitucional ha tenido que adecuar inexorablemente su doctrina.

B) *La urgencia*

La urgencia es el elemento principal del presupuesto habilitante. El término «urgencia» exige que la situación a la que se hace frente mediante un decreto-ley no pueda ser afrontada tempestiva y eficazmente por los procedimientos legislativos ordinarios. Entendida de este modo, la urgencia pondría de manifiesto la imposibilidad del Parlamento para aprobar, de manera inmediata, las medidas básicas frente a una determinada situación de necesidad.

A pesar de las críticas que se han vertido sobre la justificación del decreto-ley en la lentitud del Parlamento (52), nuestro propio Tribunal parece haber admitido, como principal perfil definitorio de la urgencia, la imposibilidad de que la situación sea atendida por la acción normativa de las Cortes Generales. Reiteradamente se ha referido a la insuficiencia del procedimiento legislativo como parámetro para constatar la constitucionalidad del decreto-ley:

«... una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia» (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. juríd. 3.º, párrafo 4).

«... situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (STC 6/1983, de 4 de febrero; fund. juríd. 5.º, párrafo 2).

«La figura del decreto-ley [es]... utilizable cuando una necesidad, calificada por las notas de lo 'extraordinario' y lo 'urgente', reclama una acción normativa que, por lo ordinario, compete al legislador, pero que precisamente por esa necesidad y no poder ser

(51) J. PÉREZ ROYO: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en *El Gobierno...*, cit., pág. 143.

(52) Véanse V. DI CIULO: *Questioni in tema di decreti-legge*, Milán, 1970, página 230; L. PALADIN: «Gli atti con forza di legge nella presente esperienza costituzionale», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, pág. 1520.

atendida por una acción normativa emanada de las Cortes Generales se autoriza al Gobierno...» «El decreto-ley [es]... un instrumento con el que atender necesidades que reclaman una acción legislativa inmediata» (STC 111/1983, de 2 de diciembre; fund. juríd. 4.º).

«El decreto-ley [es un] instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes» (STC 111/1983, de 2 de diciembre; fund. juríd. 6.º).

En este contexto, dejando al margen posiciones textualmente más rigurosas de la doctrina del Tribunal (53), podría admitirse, como afirma P. Santolaya Machetti, que «urgente es, en el ordenamiento jurídico español, todo aquello que, teniendo que ser abordado por el Parlamento, 'debe', sin embargo, estar realizado en un plazo menor de dos meses» (54).

Aparte la determinación de un plazo, que puede tener un valor indicativo —pero de ningún modo sustancial—, lo cierto es que la urgencia posee perfiles más objetivos y constatables que los otros elementos del presupuesto habilitante. La jurisprudencia constitucional ha indicado ya algunas variantes objetivas de la urgencia, como la eficacia inmediata y la anticipación de las medidas del decreto-ley.

a) *La eficacia inmediata* de las disposiciones contenidas en el decreto-ley constituye, como hemos visto, el modo de expresión más usual de la urgencia.

No obstante, porque es lo cierto que la efectividad de las medidas depende de la celeridad con que se apliquen, podríamos incluir y diferenciar en este apartado, al menos, dos tipos de situaciones: por una parte, aquellos hechos imprevisibles o imprevistos ocurridos súbitamente, que es necesario afrontar con medidas legislativas de cuya entrada en vigor inmediata depende la atenuación de sus consecuencias; y por otra aquellas situaciones que requieren la adopción de «decisiones legislativas que, por su propia naturaleza, sólo son eficaces cuando se adoptan y aplican con la máxima celeridad» (55).

(53) Como la mantenida en el fund. juríd. 3.º de la STC 29/1982, en el que expresamente se exige a las disposiciones del decreto-ley una estructura capaz de modificar «*de manera instantánea* la situación jurídica existente».

(54) P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., pág. 112.

(55) Véase P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias...», cit., pág. 149. El propio Tribunal parece admitir esta doble posibilidad: «La justificación del decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que, por circunstancias o factores, o por su com-

Sin embargo, hasta el momento, el Tribunal no ha entrado a considerar, como posible alternativa al decreto-ley, el procedimiento legislativo de tramitación de proyectos de ley «en lectura única» (art. 150 RCD). Ni tampoco se ha pronunciado acerca de si la inmediatez ha decaído en determinados supuestos en los que el lapso de tiempo transcurrido entre la adopción de las medidas y su entrada en vigor impide constatar la urgencia del caso o la efectividad de las disposiciones del decreto-ley (56).

En este contexto, como ha puesto de relieve F. Sorrentino (57), en la lentitud del Parlamento es posible distinguir dos categorías, según que la eficacia inmediata sea el contrapunto de una lentitud estructural o bien que la eficacia inmediata, en conexión con la lentitud, tenga naturaleza política o coyuntural. En el primer caso, obviamente, porque en el funcionamiento de todo Parlamento es connatural una cierta lentitud, el carácter objetivo de la urgencia impide imputar el retraso al propio Gobierno. En el segundo, la lentitud parlamentaria constituiría la justificación aparente del decreto-ley, tras la cual se podría ocultar otra muy distinta: la incertidumbre del Gobierno acerca de la aprobación parlamentaria, en un breve lapso de tiempo, de un determinado proyecto de ley. En este supuesto, lógicamente extraído de la praxis política italiana, el decreto-ley tiende a convertirse, con Gobiernos inestables y mayorías poco compactas, en instrumento ordinario de legislación.

En relación con la eficacia inmediata se ha ido abriendo paso en la doctrina italiana una orientación que propugna un control «subjetivo» del requisito de la urgencia. Autores como L. Paladin o A. Pizzorusso (58) han mantenido que el control de constitucionalidad de la urgencia debería centrarse en la valoración de las razones que han llevado al Gobierno a optar por la eficacia inmediata del decreto-ley frente a los procedimientos parlamentarios.

pleja concurrencia, no pueda acudirse a la medida legislativa ordinaria sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida» (STC 111/1983, fund. juríd. 6.º).

(56) En este sentido cabe citar el Decreto-ley 14/1981, de 14 de agosto, en el que se dispone su entrada en vigor diferida hasta dos meses después de su publicación en el *BOE*. Véase I. ASTARLOA HUARTE: «Teoría...», cit., pág. 121. Por su parte, P. BISCARETTI DI RUFFIA estima que la cláusula de no inmediata aplicación contenida en el propio decreto-ley daría lugar, al margen de cualquier juicio de mérito, a la «evidente insubsistencia» del requisito habilitante (*Derecho constitucional*, Madrid, 1984, página 496).

(57) F. SORRENTINO: «Spunti...», cit., págs. 762 y sigs.

(58) L. PALADIN: «Art. 77. La formazione delle leggi», en *Commentario della Costituzione italiana* (a cura di G. Branca), Bolonia, págs. 56 y sigs.; A. PIZZORUSSO: *Fonti...*, cit., págs. 262 y sigs.

Desde esta particular perspectiva, el control de constitucionalidad de la urgencia debería centrarse en la determinación del *iter* correcto que el Gobierno hubiera debido seguir; esto es, en la determinación del procedimiento legítimo de toma de decisiones legislativas. De suerte tal que, en virtud del carácter extraordinario del decreto-ley, el Tribunal habría de comprobar si la eficacia inmediata de las medidas podría haberse logrado acudiendo a uno de los procedimientos previstos en los Reglamentos parlamentarios.

Pero ni siquiera este singular modo de entender el control de constitucionalidad de la urgencia sería ajeno a la interpretación y consideración de aspectos no jurídicos. A título de ejemplo, podríamos citar: las concretas circunstancias que impidieron al Parlamento aprobar una ley en el tiempo política y técnicamente oportuno; el eventual comportamiento omisivo del Gobierno que hubiera podido hacer inviable el procedimiento legislativo; o también el juicio que merece al Tribunal el número de días transcurrido entre la aprobación, la publicación y la entrada en vigor del decreto-ley. En definitiva, la jurisprudencia constitucional no podría prescindir de particulares apreciaciones sobre los actos, hechos y circunstancias que rodearon la decisión del Gobierno de optar por el decreto-ley —y dejar al margen el procedimiento parlamentario— para dar una eficacia inmediata a las medidas normativas. Lo que podría llevarle a efectuar juicios sobre la oportunidad o el mérito de tal decisión.

b) La doctrina del Tribunal ha admitido también que, ante la urgencia, el decreto-ley puede ser utilizado como *técnica de anticipación o de avance* de una serie de medidas destinadas a ser objeto de una posterior regulación por el procedimiento legislativo de urgencia.

A tal respecto, el Tribunal ha calificado el decreto-ley como instrumento compuesto de «previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada, siguiendo lo que dice el artículo 86.3, su regulación definitiva» (59). Igualmente ha declarado legítima la utilización del decreto-ley cuando, «ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial», el Gobierno adopte «una serie de medidas inmediatas... con antelación a la elaboración de la Ley... a través del procedimiento de urgencia» (60). En este caso, la urgencia no se traduce tanto en una completa acción legislativa del Gobierno cuanto en el avance de un conjunto de medidas legislativas, más o menos definitivas, con que el Gobierno pretende anticiparse a una posterior regulación parlamentaria de la materia.

Desde este punto de vista, nada podría objetarse si la anticipación se en-

(59) STC 111/1983, fund. juríd. 6.º

(60) STC 29/1986, fund. juríd. 2.º, A, párrafo 3.

tiende como una selección de las medidas básicas de un proyecto de ley en tramitación para hacer frente a la situación de urgencia. En el mismo sentido, nada impide que el decreto-ley, una vez convalidado por el Congreso —es decir, ya como norma estable en el ordenamiento— pueda ser modificado, derogado o convertido en ley mediante los procedimientos parlamentarios previstos, entre los que se encuentra el del artículo 86.3 de la Constitución. De esta suerte, el Gobierno podrá lograr un doble objetivo: por un lado, hacer frente a la situación de urgencia mediante la anticipación de un grupo de normas básicas, e iniciar el procedimiento de tramitación parlamentaria para la conversión del decreto-ley en ley formal.

Ahora bien, como quiera que esta variante de la urgencia puede prestarse a confusiones, convendría precisar lo siguiente. Desde nuestro punto de vista, la técnica de la anticipación no puede ser entendida como un modo de acortar o reducir el procedimiento legislativo. Nuestro texto constitucional ha separado nítidamente la potestad legislativa del Gobierno (art. 86) de su propia capacidad de iniciativa legislativa (arts. 87 y 88). Porque esto es así, es decir, porque la Constitución ha regulado el decreto-ley *quo* decreto-ley, no es posible su transformación en una suerte de proyecto de ley destinado a sufrir enmiendas y modificaciones en el curso de un debate parlamentario. Así se deduce claramente del artículo 86.2.

Sin embargo, nuestro constituyente ha admitido la posibilidad de que los decretos-leyes sean tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia al objeto de su conversión en ley formal. En este sentido, el procedimiento previsto en el artículo 86.3 se reserva exclusivamente a los decretos-leyes y, por tanto, al decreto-ley convalidado. De suerte tal, que si no recae acuerdo de convalidación del Congreso, por una parte, el decreto-ley habrá dejado de ser tal decreto-ley y obviamente su tramitación como proyecto de ley no puede llevarse a efecto; y por otra, tampoco será posible su conversión en ley formal porque es obvio que no puede convertirse aquello que ha dejado de existir. Lo que, en realidad, viene a poner de relieve la preocupación del constituyente por evitar la aludida desnaturalización del decreto-ley y las frecuentes confusiones que, al respecto, se producen en otros ordenamientos (61).

Así pues, en nuestra opinión, el texto de un decreto-ley derogado no puede ser presentado como proyecto de ley para su tramitación por el procedi-

(61) Sobre la experiencia italiana pueden verse, entre otros, A. BALDASSARRE y C. SALVI: «La decretazione d'urgenza», en *Democrazia e Diritto*, 1-2, 1981, págs. 33 y sigs.; G. GROGANELLI DE SANTI: «Uso ed abuso del decreto-legge», en *Diritto e società*, 1978, págs. 241 y sigs.; R. DE LISO: «Decreti-legge: esperienze e prospettive», en *Diritto e società*, 1977, págs. 451 y sigs.; S. RODOTA: «L'abuso dei decreti-legge», en *Politica del Diritto*, 3, 1980, págs. 379 y sigs.

miento de urgencia (ex art. 86.3). Sólo podrá admitirse esta transformación tras el acuerdo de convalidación del Congreso y nunca antes. Admitir lo contrario podría constituir una suerte de «mutación constitucional», es decir, un cambio en el funcionamiento de la institución sin que haya cambiado el texto de la Constitución que la regula (62). Sin embargo, nada impide que el texto del decreto-ley no convalidado pueda servir al Gobierno para iniciar un procedimiento legislativo ordinario (ex arts. 87 y 88).

2. La «conexión de sentido» y su control de constitucionalidad. La «sobrevvenida falta de adecuación»

La jurisprudencia constitucional ha atribuido a la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» una segunda función: la de operar como *condición del contenido del decreto-ley*. Lo que quiere decir, según el Tribunal, que las medidas contenidas en el decreto-ley deben tener una «conexión de sentido» o «relación de adecuación» con el presupuesto habilitante» (63). De este modo, la cualidad bifuncional de la citada cláusula resulta evidente: no sólo constituye el presupuesto habilitante de la potestad legislativa del Gobierno, sino que además condiciona el contenido de las disposiciones del decreto-ley.

Porque es lo cierto que la Constitución exige como fundamento del decreto-ley la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad», parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto de necesidad y urgencia que el Gobierno alega al dictar un decreto-ley. A este respecto, el Tribunal Constitucional se ha considerado juez de la «conexión de sentido» (64) y ha mantenido reiteradamente que la constitucionalidad del decreto-ley exige la existencia de una adecuada congruencia entre la situación definida como caso de «extraordinaria y urgente necesidad» y las medidas incorporadas a la norma.

(62) Por ello, en contra de la posición del Tribunal —que ha admitido expresamente la «interpretación alternativa de ambas vías» (STC 29/1982, fund. jur. 2.º, párrafo 5)—, nos parece acertada la precisión hecha en el Reglamento del Congreso de los Diputados (art. 150), al instituir la convalidación como acto preceptivo y previo: solamente *una vez convalidado* se podrá adoptar el acuerdo de tramitar o no el decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

(63) Véanse STC 29/1982, fund. jur. 3.º (en la que literalmente se habla de «conexión de sentido» y de «relación de adecuación»), y STC 111/1983, fund. jur. 7.º (en la que el Tribunal se refiere a la «idea de adecuación o congruencia»).

(64) STC 6/1983, fund. jur. 5.º, párrafo 3.

«Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal Constitucional implica [...] que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el decreto-ley se adoptan» (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. jur. 3.º, párrafo 4).

«No les autoriza esta competencia, sin embargo [a los órganos políticos], para incluir en el decreto-ley cualquier género de disposiciones: ni aquellas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar, ni, muy especialmente, aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad» (STC 29/1982, de 31 de mayo; fund. jur. 3.º, párrafo 5).

«... siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho» (STC 6/1983, de 4 de febrero; fund. jur. 5.º, párrafo 3).

En virtud de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional ha concebido el control de la conexión de sentido como un supuesto «de la constitucionalidad o inconstitucionalidad *formal* de la norma» (65). Es decir, como un juicio tendente a determinar «si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional» (66). Desde nuestro punto de vista, el control al que se refiere el Tribunal no tiene un carácter formal *stricto sensu* porque en el contraste entre medidas adoptadas y presupuesto habilitante ha de penetrar inevitablemente en aspectos de constitucionalidad material. Se trata más bien de un control de los requisitos constitucionales intrínsecos del decreto-ley; un control de la regularidad del decreto-ley en cuanto norma prevista en el artículo 86 como fuente del ordenamiento.

El control de constitucionalidad de la cláusula habilitante requiere, para el Tribunal, no sólo, como hemos visto, un «juicio de razonabilidad» sobre la existencia del presupuesto que habilita la potestad legislativa del Gobierno, sino también un «juicio de contradicción» o de contraste entre tal situación y las medidas adoptadas para hacerle frente (67). De esta suerte, la constitucionalidad de la cláusula se constataría tras un juicio de razonabilidad posi-

(65) STC 6/1983, fund. jur. 5.º, párrafo 3.

(66) STC 29/1982, fund. jur. 2.º, párrafo 2.

(67) Véase M. RAVERAIRA: «El problema...», cit., págs. 1462 y sigs.

tivo y un juicio de contraste asimismo favorable. Por el contrario, aquellas medidas o disposiciones que careciesen de tal conexión con el presupuesto habilitante habrían de ser declaradas inconstitucionales.

En este contexto cabría cuestionarse el lugar que ocupa el razonamiento jurídico frente a la valoración política en el control de la «relación de adecuación». ¿Corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la adecuación entre las medidas y la situación habilitante, o es, por el contrario, una función del Parlamento en cuanto órgano de control político?

Nuestra jurisprudencia constitucional, consciente del riesgo de politización que conlleva la formulación de juicios sobre la idoneidad de las disposiciones aprobadas o sobre la bondad de las posibles medidas alternativas, ha adoptado una clara posición autorrestrictiva. En tal sentido, ha declarado acertadamente que si tales consideraciones se efectuasen, trasladarían al colegio «una responsabilidad que no corresponde a su función y entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al Gobierno —con el control parlamentario— corresponde» (68). De este modo, el Tribunal reconoce que este juicio corresponde preferentemente a los órganos políticos. Porque esto es así y porque la «relación de adecuación» entra dentro de los límites inherentes a la acción de gobierno y al control parlamentario, los únicos pronunciamientos del Tribunal sobre la inconstitucionalidad del decreto-ley por este motivo cabrían ante supuestos de *manifiesta falta de «conexión de sentido»*; frente a casos de *regulación de materias sin relación con la situación habilitante*, o contra *«la pura arbitrariedad, bajo la forma de exceso de poder legislativo»* (69).

Interesa destacar, no obstante, que, como ha admitido el Tribunal Constitucional, el juicio sobre la «conexión de sentido» puede llevarse a cabo también en un momento posterior al nacimiento del decreto-ley. De este modo, la jurisprudencia constitucional extiende el control de la «relación de adecuación» a lo que ha denominado *«inadecuación sobrevenida»*. Es decir, del mismo modo que el Tribunal exige que entre el presupuesto habilitante y el contenido del decreto-ley haya una congruencia *ab origine*, igualmente requiere y controla que dicha «relación de adecuación» subsista durante todo el lapso de vigencia del decreto-ley en el ordenamiento. De esta suerte, el Tribunal se ha considerado competente para ejercitar también el control de la desaparición o «inexistencia sobrevenida» de la «conexión de sentido». En virtud de esta necesaria *subsistencia* de la «relación de adecuación», un decreto-ley, legítimo en cuanto a su origen, podría ser declarado más tarde in-

(68) STC 111/1983, fund. juríd. 7.º

(69) Véase P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., pág. 134.

constitucional y nulo por «sobvenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida» (70).

«... la actual cuestión se suscita en relación con el primer ejercicio fiscal posterior a la vigencia del decreto-ley, por lo cual la conclusión que hay que extraer es que el apuntado efecto no se puede considerar producido referido a dicho momento, *sin perjuicio de que en el futuro podamos llegar a una conclusión diferente, si con el paso del tiempo la regulación nacida de una situación conyuntural y destinada a cubrir unas necesidades muy concretas traspasara nítidamente tales límites y manifestara claramente su tendencia a la permanencia y a la normalidad*, pues, si tal caso llegara, podría hablarse de una sobvenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida» (STC 6/1983, de 4 de febrero; fund. juríd. 7.º, párrafo 2).

Esta ampliación del control de constitucionalidad tiene su base en la naturaleza jurídica que del decreto-ley ha deducido el Tribunal. A este respecto ha mantenido que, precisamente porque el decreto-ley es una norma excepcional en cuanto a su origen (emana del Gobierno) y finalidad (hace frente a una situación extraordinaria), su naturaleza no cambia tras la intervención parlamentaria, y su contenido, por tanto, ha de responder «*siempre*» al supuesto de «extraordinaria y urgente necesidad». De esta suerte, porque la «relación de adecuación» entre el supuesto habilitante y las disposiciones del decreto-ley ha de operar *de manera continuada*, al entendimiento de la cláusula «extraordinaria y urgente necesidad», como condición del contenido de aquella norma, se viene a añadir, en la jurisprudencia constitucional más reciente, la consideración de la «conexión de sentido» como *presupuesto sucesivo y continuado de la legitimidad del decreto-ley*. En consecuencia, la validez del decreto-ley está subordinada, en la doctrina del Tribunal, al *mantenimiento* de la «relación de adecuación». Lo que implica que, desaparecida la situación extraordinaria, la norma subsistirá en el ordenamiento en virtud de la presunción de legitimidad de los actos normativos primarios. Pero subsistirá «amenazada» por una doble y distinta declaración de inconstitucionalidad: de un lado, por la declaración de inconstitucionalidad ordinaria (como el resto de normas con fuerza de ley), y de otro, por una eventual declaración de «inadecuación sobvenida» (específica del decreto-ley).

Desde nuestro punto de vista, la doctrina del Tribunal Constitucional pa-

(70) STC 6/1983, fund. juríd. 7.º, párrafo 2.

rece congruente con la naturaleza jurídica del decreto-ley que deduce del texto constitucional. Pero es también arriesgada por las dificultades prácticas que comporta el ejercicio de este singular control de constitucionalidad.

a) Desde una perspectiva teórica, la jurisprudencia constitucional es coherente con la naturaleza del decreto-ley. Si, como establece el artículo 86.1 de la Constitución española, se trata de una «disposición legislativa provisional», no parece incorrecto que el contenido de sus disposiciones haya de responder en todo momento al presupuesto-base de su origen (el caso de «extraordinaria y urgente necesidad») (71). Si además, como ha mantenido el propio Tribunal, el decreto-ley nace excepcionalmente del Gobierno y no se transforma en ley con el trámite parlamentario de homologación, sino que se mantiene en el ordenamiento como «disposición legislativa provisional», parece lógico que la excepcionalidad subsista como su nota más característica.

Algunos autores han afirmado que en la «teoría de la sobrevenida falta de adecuación» existe una confusión entre la eficacia duradera de las normas y la *ocassio legis*. «La urgencia y necesidad —añade P. Santolaya Machetti— pueden y deben ser consideradas causa del surgimiento del decreto-ley, pero no condición para el mantenimiento de su eficacia, que será en principio indefinida en tanto otra norma de idéntico rango no venga a derogarla o sustituirla» (72).

Sin embargo, la «relación de adecuación» no es concebida por la jurisprudencia constitucional como condición de la eficacia del decreto-ley, sino como un auténtico *requisito de validez*. Si se tratase de una condición de eficacia, la decadencia de la relación de congruencia por el transcurso del tiempo constituiría un supuesto de simple derogación. Y, como es sabido, cuando una norma se dicta para hacer frente a una determinada situación, que posteriormente decae, la desaparición del supuesto que constituyó la razón de ser de la norma hace que ésta pierda su eficacia (*cessante ratione legis cessat lex ipsa*). Porque esto es así, sería a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción constitucional a quien correspondería constatar el término de la vi-

(71) En contra, P. CRUZ VILLALÓN mantiene que «la situación de excepción sólo se exige en el momento de dictarse la norma, sin que el mantenimiento de aquélla sea en modo alguno presupuesto constante de validez de la norma. Y si no es presupuesto sucesivo de la validez de la norma —argumenta—, tampoco puede exigirse a ésta que mantenga una relación de adecuación constante con una situación de emergencia. Ni la 'normalidad sobrevenida' ni la 'falta de adecuación sobrevenida' pueden considerarse, pues, determinantes de una 'nulidad sobrevenida' de la norma» («Tres sentencias...», cit., pág. 150). Véase también A. TORRES DEL MORAL: *Principios...*, cit., pág. 174.

(72) Véanse P. SANTOLAYA MACHETTI: *El régimen...*, cit., pág. 139; R. FALCÓN Y TELLA: «El decreto-ley en materia tributaria», *REDC*, 10, 1984, pág. 209.

gencia del decreto-ley por este motivo. Sin embargo, porque, en efecto, la cláusula habilitante opera como fundamento constitucional de la potestad legislativa del Gobierno, su inexistencia o desaparición traerá consigo la contradicción entre Constitución y decreto-ley. Y de todos es sabido que precisamente de esta contradicción entre norma superior y norma inferior resulta el fenómeno de la inconstitucionalidad.

Hay que añadir, por último, que en el contexto de la «teoría de la inadecuación sobrevenida» el Tribunal Constitucional parece admitir un *doble sentido en el carácter provisional del decreto-ley*, aunque no de una manera suficientemente explícita. De un lado, podría hablarse de la provisionalidad del acto normativo o «provisionalidad de la vigencia del decreto-ley». Y de otro, de la provisionalidad del contenido material del acto normativo o «provisionalidad de la validez del decreto-ley».

La *provisionalidad del decreto-ley en cuanto a su vigencia* surge de la disposición constitucional del artículo 86.2 CE, y deriva de la exigencia de completar el *iter* parlamentario previsto para que el decreto-ley penetre en el ordenamiento jurídico con eficacia estable. El decreto-ley es observado *quo decreto-ley*, es decir, desde la perspectiva de sus requisitos intrínsecos. Hasta el momento de su homologación, está amenazado de una inmediata caducidad. El decreto-ley es entonces una norma con fuerza de ley pendiente de la intervención del Congreso, que le viene a conferir una vigencia estable en el ordenamiento.

La doctrina se inclina por definir la provisionalidad como una nota característica del instrumento normativo y no de su contenido. De modo tal, que, una vez que el Parlamento se pronuncia a favor de la convalidación del decreto-ley, esa disposición legislativa deja de ser provisional y sus medidas se convierten en permanentes (73).

El propio Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, subrayó que el decreto-ley «se inserta provisionalmente en el ordenamiento jurídico» (74). Más concretamente, en la sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, se manifiesta claramente favorable a una interpretación de la provisionalidad en este sentido, es decir, como una «provisionalidad que reclama la potestad de las Cortes en materia legislativa»:

(73) La mayor parte de la doctrina se inclina por admitir únicamente este tipo de provisionalidad. Véanse J. SALAS HERNÁNDEZ: «Los decretos-leyes...», cit., pág. 42; J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes...* cit., pág. 101; P. CRUZ VILLALÓN: «Tres sentencias...», cit., pág. 151; I. DE OTTO: *Derecho constitucional...*, cit., pág. 212.

(74) STC 29/1982, fund. juríd. 2.º, párrafo 4.

«... en la hipótesis de que el decreto-ley sea convalidado [...], si bien *cede en su carácter de provisionalidad*, sigue siendo una norma con fuerza de ley, no una ley» (fund. juríd. 3.º).

«... en el artículo 86.1 [...] *se autoriza al Gobierno, con un carácter de provisionalidad hasta tanto obtiene la convalidación*» (fundamento jurídico 4.º).

Sin embargo, la *provisionalidad del decreto-ley en cuanto a su validez* tiene origen en la doctrina del Tribunal Constitucional, está referida al contenido de sus disposiciones y deriva de la llamada «teoría de la inadecuación sobrevenida». Porque, como hemos advertido anteriormente, el Tribunal se declara competente para constatar la «*falta de adecuación sobrevenida*» entre el presupuesto habilitante y las medidas del decreto-ley, puede hablarse de un carácter provisional de esta disposición legislativa, incluso tras la homologación del Congreso. Es decir, en la medida que la situación de «*extraordinaria y urgente necesidad*» opera como presupuesto permanente de legitimidad del decreto-ley, el carácter provisional viene referido, desde este punto de vista, a la validez de sus disposiciones en el ordenamiento.

«La regulación nacida de una situación conyuntural y destinada a cubrir unas necesidades muy concretas no ha traspasado los límites del supuesto de hecho habilitante, siendo ostensible, bien que *a posteriori*, que el decreto-ley en cuestión no aspiraba a regular con carácter definitivo una situación que requería sólo la adopción de *medidas urgentes y provisionales*» (STC 60/1986, de 20 de mayo; fund. juríd. 3.º, párrafo 8).

Según este *consideratum*, porque el decreto-ley no aspiraba a regular una situación coyuntural con carácter indefinido, sino con medidas urgentes y provisionales, dicha norma es constitucionalmente adecuada. *A sensu contrario*, debería haberse declarado la «falta de adecuación sobrevenida». De esta suerte, la validez provisional del contenido material del decreto-ley aparece así en la jurisprudencia constitucional más reciente como la consecuencia más importante de la «relación de adecuación».

b) Desde el punto de vista práctico, la doctrina del Tribunal Constitucional es, sin embargo, arriesgada, principalmente por las dificultades que implica el ejercicio del control de la «inadecuación sobrevenida».

El principal inconveniente radica en la dificultad para conciliar la posición autorrestrictiva del Tribunal con respecto a la cláusula habilitante y el potencial expansivo que posee el control de la «falta de adecuación sobre-

venida». En relación con esto ha de ponerse de relieve la práctica imposibilidad de determinar los aspectos concretos y el momento exacto en que surge la «sobrevenida falta de adecuación» y la consiguiente nulidad del decreto-ley. Obviamente, esta dificultad tiene su razón de ser en los inevitables juicios de mérito y valoraciones políticas que dicho control comporta.

Por otra parte, este singular control de constitucionalidad podría ser aún más controvertido en aquellos supuestos en que la situación extraordinaria habilitante, en vez de desaparecer y provocar la «inadecuación sobrevenida», se transforma en situación de normalidad. En estos casos, es lo cierto que la declaración de nulidad sobrevenida del decreto-ley supondría la apertura de una laguna en el ordenamiento. Si esto es así, ¿cuál podría ser entonces la posición del Tribunal más próxima a su función de intérprete supremo de la Constitución?

Por ello cabría preguntarse hasta qué punto la «teoría de la sobrevenida falta de adecuación» no cumple un doble objetivo de política constitucional. De un lado, compensar la acusada autolimitación del Tribunal con mecanismos alternativos de control del acceso y de la estabilidad del decreto-ley en el ordenamiento. Y de otro, sugerir veladamente al Gobierno la necesidad de convertir en ley el contenido de los decretos-leyes con mayor proyección en el tiempo, a fin de ceñir este instrumento normativo a situaciones de necesidad y urgencia y de no soslayar indefinidamente el debate parlamentario.

Lo cierto es que en la resolución de los eventuales supuestos de «sobrevenida inadecuación» que pudieran darse en el futuro, el Tribunal Constitucional habrá de tener en cuenta al menos estos aspectos del problema.