

RECENSIONES

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

Durante los últimos tiempos la crisis económica ha reavivado un viejo debate doctrinal en relación con un fenómeno que se repite cada vez con más frecuencia: el abuso de la figura del decreto-ley por parte de los Ejecutivos. Aún no tratándose de un tema nuevo, no ha dejado de ser objeto de controversia y de una amplia discusión dogmática que se ha visto plasmada en diversas publicaciones científicas de relevancia, como es el trabajo que nos ocupa.

El presente comentario se centra en una obra del profesor Aragón Reyes en la que se ocupa precisamente de esta temática y cuya tesis central, como el propio título sugiere, es que el decreto-ley se ha convertido en un instrumento ordinario de legislar, lo que constituye un claro abuso de este tipo de normas que se aparta de la configuración que la Constitución les ha dado. El origen del trabajo se encuentra en el discurso de ingreso del profesor Aragón en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que tuvo lugar el 6 de abril de 2016, y en el que expuso de forma razonada y crítica sus reflexiones acerca de un grave problema para nuestra democracia constitucional.

Nos encontramos ante un estudio riguroso sobre el fenómeno de la utili-

zación abusiva de la legislación de urgencia abordado desde una doble dimensión teórica y práctica. A mi juicio, la elección del tema ya es en sí un gran acierto, habida cuenta que se trata de una temática que no puede considerarse agotada, como lo demuestra el análisis de las diferentes cuestiones que se abordan en el libro. Además, y como el propio autor señala, se trata de un tema que viene justificado por reunir tres características: actualidad, importancia dogmática y necesidad de análisis crítico. El lector encontrará un análisis lúcido y pormenorizado que pone el acento en las causas explicativas de esta práctica legislativa y en las consecuencias que de la misma se derivan.

Respecto a su estructura, el texto se articula en once capítulos, si bien es posible discernir tres bloques claramente diferenciados. El primero (capítulos I, II y III) nos adentra en la configuración constitucional del decreto-ley, así como en sus antecedentes. El segundo (capítulos IV a IX) contiene la parte más extensa del libro y desarrolla la tesis del autor conforme a la cual el decreto-ley se ha convertido en el modo ordinario de legislar, dando lugar a un uso desnaturalizado de este tipo de normas. A tal efecto, profundiza por-

menorizadamente en las causas desencadenantes de esta utilización abusiva de la legislación de urgencia, acompañándola del análisis de una muestra con la que pretende corroborar la hipótesis de partida. Por último, el tercer bloque (capítulos X y XI) contiene una propuesta de modificación legal y de reinterpretación constitucional como solución al problema abordado.

El autor comienza advirtiendo que, pese a los cuestionamientos teóricos del decreto-ley y las dificultades de encaje en una democracia parlamentaria, no se trata de una figura ajena en derecho comparado, ni en nuestro Constitucionalismo histórico. Efectivamente, el libro hace un somero repaso por las figuras afines reconocidas en algunas Constituciones de nuestro entorno europeo, deteniéndose especialmente en el *decreto-legge* italiano (art.77 CI) que sirvió de modelo al constituyente español de 1978, así como en los antecedentes de dicha figura en España (CE 1931, Franquismo y Transición).

Tras unas consideraciones previas sobre los orígenes del decreto-ley analiza su significado constitucional. La regulación constitucional del art. 86.1º CE muestra la clara «voluntad constituyente de que el decreto-ley fuese un instrumento de uso claramente restringido, una norma de tipo excepcional que nunca podría convertirse en un modo ordinario de legislar, puesto que la potestad legislativa se atribuye de modo general a las Cortes (art.66.2 CE) y no al Gobierno» (pág.31).

El análisis del uso desviado del decreto-ley se acompaña de datos de la práctica que sustentan la tesis del autor sobre el abuso del decreto-ley. Se

constata con datos cuantitativos que el número de decretos-leyes se ha elevado considerablemente entre 2008 y 2015 en relación con la legislación parlamentaria, lo que viene a confirmar que se ha convertido en norma ordinaria, prácticamente alternativa a la ley parlamentaria. «La ocupación normal por el decreto-ley del espacio de la ley ordinaria es una realidad incuestionable. Y no cabe argumentar que en estos dos últimos periodos el aumento de decretos-leyes se deba a la situación de crisis económica...» (pág. 38).

En cuanto a las causas que han llevado a este uso desviado de la legislación de urgencia, el libro identifica claramente dos: la debilidad de nuestro parlamentarismo y la laxa interpretación constitucional del art.86.1º CE.

Sobre la primera, el profesor Aragón señala algo que lleva sosteniendo desde hace tiempo, y es que nuestro régimen parlamentario de canciller en la práctica se ha convertido en un «parlamentarismo presidencialista» (pág.41), haciendo del Presidente del Gobierno no solo el director de la política gubernamental, sino también el director de la política parlamentaria. Por otro lado, la férrea disciplina de los grupos parlamentarios ha convertido a los partidos en los auténticos protagonistas de la vida parlamentaria. De este modo, el parlamentario individual queda relegado a un segundo plano anulando, pues, cualquier atisbo de independencia como consecuencia no sólo de los Reglamentos parlamentarios, sino sobre todo de nuestro sistema electoral. Esta realidad ha llevado a una inoperancia del control del Gobierno en las Cámaras y a una falta de centralidad del Parlamento dete-

riorando la legitimidad de la institución parlamentaria y afectando al propio régimen parlamentario. A su vez, esta debilidad de los controles políticos está conduciendo a que el único control efectivo sea el judicial, con el consiguiente riesgo de que la «judicialización de la política acabe produciendo una politización indeseable del poder judicial», incluido, el Tribunal Constitucional. No obstante, el control jurisdiccional de estas normas no es suficiente porque, dado el carácter rogado de su jurisdicción, no todos los decretos-leyes son controlables por el TC, y de los sometidos a este control, no todos son enjuiciados en su completo contenido. Asimismo, observa que la sustitución práctica del control parlamentario por el jurisdiccional ha significado que los decretos-leyes no han sido controlados por razones estrictamente políticas.

La segunda clave para entender la actual situación sobre el uso del decreto-ley lo constituye la interpretación flexible que el Tribunal Constitucional ha sostenido tanto de su significado, como de los requisitos previstos en el art.86.1º CE para su emanación y sobre la cual el autor se muestra especialmente crítico. Efectivamente, la doctrina constitucional ha reconocido a Gobierno y Congreso una amplia discrecionalidad política en la apreciación de la urgencia, que sólo puede controlarse jurisdiccionalmente en supuestos de clara y patente arbitrariedad, lo que ha facilitado un uso excesivo del decreto-ley. El autor analiza críticamente la jurisprudencia constitucional en esta materia y comienza reprochando la falta de claridad del Tribunal para reconocer el carácter «excepcional» de este

tipo de normas. Precisamente ahí reside la causa principal de la flexibilidad con la que se ha interpretado el art. 86.1ºCE. Y aunque desde la STC 29/1982 ha admitido que la legislación de urgencia se configura como «una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes», sin embargo no ha obtenido la consecuencia jurídica debida como norma excepcional. A su juicio, esta situación trae causa de la confusión entre «norma excepcional» y «supuestos excepcionales» en la doctrina constitucional. A este respecto, puntualiza que mientras que el art.116 CE está destinado a hacer frente a supuestos «excepcionales» que ponen en peligro el sistema constitucional, el art.86.1º CE está destinado a hacer frente a situaciones «extraordinarias» que no generan ese peligro pero requieren de una urgente respuesta.

Sobre el carácter «excepcional» del decreto-ley, el profesor Aragón precisa que este rasgo no deriva del supuesto para el que está previsto la norma, que no es excepcional, sino extraordinario. La excepcionalidad deriva del modo de emanación que es excepcional, en cuanto que constituye una excepción al procedimiento legislativo parlamentario. El decreto-ley no es una norma de excepción, sino una norma excepcional, como señaló el autor en el voto particular formulado a la STC 137/2011. Sin embargo, no es esta la interpretación que ha sostenido el Tribunal Constitucional que, al interpretar el art.86.1º en sentido flexible, ha admitido que «el decreto-ley pueda ser usado como un instrumento útil para la acción política gubernamental. Que es lo mismo que decir que

el decreto-ley es un instrumento prácticamente normal para legislar» (pág.59).

Por otro lado, el libro incluye algunas muestras concretas de esta flexibilidad interpretativa del art. 86.1º CE, no sólo en relación con la ley formal, sino también con el reglamento. A este respecto, aborda la doctrina constitucional sobre la admisión del decreto-ley para regular materias para las que bastaría utilizar la potestad reglamentaria. El argumento utilizado por el Tribunal para considerar lícito este uso de la legislación de urgencia es que nuestro sistema de fuentes «no contempla reservas de reglamento, lo cual implica que a la ley no le está vedada la regulación de materias atribuidas anteriormente al poder reglamentario» (por todas, STC 329/2005, FJ 6). En este punto, el autor comparte las críticas formuladas por María Emilia Casas Bahamonde en el voto formulado a la STC 329/2005, al afirmar que dicha posibilidad solo resultaría admisible «si es inaplazable regular una materia reservada a la ley en un tiempo inferior al necesario para la aprobación de una ley formal por las Cortes Generales». Y en esta línea también, sostiene que el principio de universalidad de regulación del legislador parlamentario no cabe predicarlo del legislador gubernamental. Por ello, concluye que la inexistencia de reserva material reglamentaria vale como razón para justificar la cualidad de regulación universal de la ley, pero no cabe trasladarla al decreto-ley, ya que tienen éste la misma fuerza que la ley, sin embargo no tiene su misma naturaleza.

Respecto al carácter «provisional» del decreto-ley, trae a colación las diversas interpretaciones de este rasgo: a) el decreto-ley solo debe atender supuestos coyunturales, y no efectuar regulaciones jurídicas definitivas (por ejemplo, STC 6/1983, FJ 7º); b) los decretos-leyes son normas provisionales hasta que no se produzca, dentro de plazo, la convalidación o derogación (entre otras, STC 189/2005, FJ 6º), como mantiene el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el profesor Aragón se decanta por una tercera interpretación consistente en entender que son «provisionales mientras no se produzca una ley que los derogue. Es decir, hasta que, por ley ordinaria, se convierta en definitiva aquella regulación provisional». Desde esta óptica, sugiere la conveniencia de que todos los decretos-leyes, a excepción de los dictados para resolver situaciones puramente coyunturales, se tramiten por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia.

También ha sido interpretada flexiblemente la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad», especialmente desde la STC 6/1983 en la que admitió que el decreto-ley es una «norma de uso prácticamente ordinario, pues cabe para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual y que por ello la necesidad de su emanación no ha de considerarse absoluta, sino relativa». A juicio del autor, en este tipo de argumentaciones vuelve a plantearse la confusión entre dos necesidades distintas, las referidas al art.86.1º CE y al art. 116 CE (pág.75). Esta línea interpretativa conducirá a que el Tribunal flexibilice también su

control sobre el presupuesto habilitante al admitir que solo podrá producir la inconstitucionalidad del decreto-ley cuando la apreciación de dicho requisito por el Gobierno se haya realizado de forma «abusiva o arbitraria». Ahora bien, no será éste el que deba justificar la no arbitrariedad, sino que es el Tribunal al que corresponde comprobarlo controlando que la justificación dada por el Ejecutivo no sea arbitraria. A este respecto el autor considera un acierto la exigencia de la relación de conexión o adecuación entre la situación urgente y las medidas acordadas, así como la catalogación de control «externo» del enjuiciamiento que corresponde al Tribunal. No obstante, el control del presupuesto de hecho habilitante sigue siendo débil, en la medida en que se limita a constatar si la motivación de la extraordinaria y urgente necesidad es razonable, es decir, «si no es arbitraria».

Este control externo, pero flexible, ha llevado a que el Tribunal, aun habiendo reconocido que el decreto-ley solo procede si la situación de extraordinaria y urgente necesidad no pueda ser atendida por el procedimiento legislativo de urgencia, dé por hecho esta circunstancia sin indagar si esa posibilidad de tramitación parlamentaria existía o no. «Es cierto que tal constatación no es fácil, pero tampoco resulta imposible, dada la previsibilidad de los plazos determinados en los reglamentos de las cámaras para el procedimiento legislativo de urgencia» (pag. 81). Sobre este elemento, la STC 68/2007 inicia un giro jurisprudencial al precisar que el Gobierno debe justificar los «perjuicios u obstáculos que,

para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario, en su caso por el trámite de urgencia» (FJ 12º). Sin embargo, esta línea interpretativa sufre un nuevo retroceso hacia el carácter laxo del control de constitucionalidad del presupuesto habilitante con la STC 93/2015 en la que el Alto Tribunal establece que no procede una «justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales».

En cuanto a las materias excluidas del decreto-ley, el profesor Aragón puntualiza de forma muy acertada que éstas no son únicamente las enumeradas en el art.86.1º CE, sino también aquellas otras que se derivan de una interpretación sistemática de la Constitución, en concreto, aquellas reservadas a otras fuentes de producción que vetan la utilización del decreto-ley. A este respecto trae a colación la STC 155/2005, en la que el Tribunal Constitucional sostuvo que el 86.1 no es el único límite sustantivo a la legislación de urgencia, pues sobre ésta opera también el conjunto de «reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos». Asimismo en relación con estos límites materiales implícitos también quedado vedado al decreto ley la reforma constitucional.

El estudio sobre la utilización del decreto-ley va acompañado de un análisis cualitativo mediante el cual el autor se centra en dos supuestos concre-

tos de uso abusivo de la legislación de urgencia: el decreto-ley ómnibus y el decreto-ley singular.

A mi juicio, merece una especial mención el capítulo sexto sobre el muy preocupante fenómeno de los decretos-leyes ómnibus, en el que el profesor Aragón nos ofrece un análisis crítico y minucioso, con el que coincido completamente. Desde el inicio se posiciona en contra de esta práctica legislativa que considera un «fraude normativo y parlamentario». Así, nos recuerda que ni la STC 136/2011 puso coto al fenómeno de las «leyes ómnibus» al convalidar las leyes de acompañamiento a las de los Presupuestos Generales del Estado, ni la STC 199/2015 ha puesto límite al «decreto-ley ómnibus» al no encontrar el Tribunal objeción alguna para trasladar la doctrina de las leyes ómnibus y aplicarla al ámbito de la legislación de urgencia. A este respecto, el autor trae a colación el contundente voto particular que formuló a la STC 136/2011 y en el que expuso las razones por las que el fenómeno de las leyes heterogéneas puede suponer no solo un quebranto para la seguridad jurídica, sino también una vulneración del principio democrático y su proyección sobre el procedimiento legislativo. Ahora bien, y en esto concuerdo íntegramente con el profesor Aragón, la situación resulta más grave en el supuesto del decreto-ley, sobre el cual recae una única decisión parlamentaria, que tiene por objeto pronunciarse sobre la oportunidad del conjunto de una norma de contenido heterogéneo. No es lógico, afirma, que una norma así pueda someterse en el Congreso a un simple voto de ratificación. A mayor abun-

damiento, añade muy acertadamente, tampoco resultaría congruente que una norma así pudiera tramitarse por el procedimiento legislativo de lectura única, en la medida en que su estructura heterogénea y la pluralidad de contenidos difícilmente podría encajar en el supuesto previsto para la aplicación de dicha modalidad procedimental.

El autor comparte la dura crítica formulada a la STC 199/2015 en el voto particular conjunto de la magistrada Asúa Batarrita y los magistrados Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, y en el que se afirma, entre otras cosas, que «la potestad que el art. 86 CE atribuye al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley se inserta en este diseño como excepción, pero de ningún modo erige al poder ejecutivo en colegislador en pie de igualdad con los representantes democráticamente elegidos por el pueblo». A juicio del profesor Aragón, no resulta correcto trasladar a los decretos-leyes ómnibus la doctrina del Tribunal sobre las leyes de acompañamiento, ya que las figuras de la ley y el decreto-ley no pueden equipararse. «Estos son normas con la misma fuerza, pero con distinta naturaleza, que las leyes», afirma. Por todo ello, concluye que la práctica de los decretos-leyes de contenido heterogéneo debe reputarse inconstitucional y se decanta por la conveniencia de incorporar la obligación de exigir la homogeneidad en los mismos.

Otra práctica analizada en el libro es la utilización de los decretos-leyes singulares tanto por el Estado, como por las CCAA. Sobre ello, el autor revisa la doctrina constitucional sobre las leyes singulares, con el objeto de com-

probar si ésta ha modificado la emanada de la STC 111/1983 en la que el Tribunal admitió la expropiación singular mediante decreto-ley. Así, señala que la STC 48/2005 supuso una modulación jurisprudencial al vincular las leyes singulares con el problema de la vulneración de la tutela judicial efectiva que supondría este tipo de normas. Dicha decisión tuvo presente la sentencia condenatoria del TEDH en el asunto *Ruiz Mateos c. España*, precisamente, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir al expropiado reaccionar jurisdiccionalmente frente al decreto-ley expropiatorio. A juicio del profesor Aragón, esta nueva doctrina, referida a una ley expropiatoria, es perfectamente aplicable al supuesto de los decretos-leyes singulares y, en consecuencia, esta práctica debe reputarse inconstitucional.

Al objeto de verificar el abuso del decreto-ley, el trabajo incluye un análisis, como muestra, de dos decretos-leyes que, aunque no impugnados ante la jurisdicción constitucional, constituyen un claro ejemplo de este fenómeno. A través del examen detallado de los Reales Decretos-leyes 1/2014, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, y 11/2014, de medidas urgentes en materia concursal, el profesor Aragón pone de manifiesto una tendencia generalizada en el uso desmedido de este tipo de normas, que se ha convertido en los últimos tiempos en una forma habitual de legislar, con notable perversión del significado constitucional del decreto-ley, y por ello, con evidente degradación de la potestad legislativa parlamentaria.

Asimismo, en relación con los decretos-leyes autonómicos el autor se muestra crítico con esta extensión de la legislación de urgencia al ámbito autonómico, y considera que ni las ampliación de competencias autonómicas, ni la composición unicameral de los Parlamentos autonómicos constituyen razones suficientes para justificar el reconocimiento de esta facultad a los gobiernos autonómicos. Por el contrario, esta situación podría contribuir a relegar la función legislativa de los Parlamentos autonómicos debilitando el régimen parlamentario en las CCAA. Esta incursión en la práctica de los decretos-leyes autonómicos va acompañada por una serie de datos que constatan un uso desorbitado, máxime cuando la naturaleza de las competencias autonómicas y la simplificación de las instituciones parlamentarias (unicamerales) hacen menos necesario el recurso a la legislación de urgencia.

Tras este riguroso análisis de la práctica del decreto-ley, el profesor Aragón concluye que el mal uso que se ha venido haciendo de estas normas no procede de su regulación constitucional, sino de una práctica política poco respetuosa con ella y de una interpretación constitucional inadecuada. De ahí, que la obra cierre con un conjunto de propuestas dirigidas precisamente a corregir esta situación y que constituyen su principal aportación.

En conexión con el ámbito parlamentario nos encontramos con una de las aportaciones más novedosas del libro: la sugerencia de sustituir el actual modelo de convalidación de decretos-leyes por un modelo de conversión obligatoria. A tal efecto, propone mo-

dificar el art.151.3 RCD —en relación con el art. 86.3 CE— para imponer la tramitación de todos los decretos-leyes, una vez recaída la convalidación, por el procedimiento de urgencia, salvo aquellos calificados por la Mesa de la Cámara como estrictamente coyunturales. Esta opción garantizaría el respeto a la potestad legislativa de las Cortes Generales y la intervención de las Cámaras mediante el *iter legis*. Asimismo, resultaría coherente con el carácter excepcional que la Constitución atribuye a la legislación de urgencia, así como con su carácter provisional. Sobre esta nota última, el profesor Aragón critica la actual doctrina constitucional conforme a la cual el acto de convalidación convierte al decreto-ley en una disposición legislativa con vigencia indefinida. A su juicio, la provisionalidad de estas normas debe mantenerse mientras no se convierta en ley, esto es, mientras no sustituya por el legislador.

Además, el autor nos ilustra con unas sugerentes propuestas de reinterpretación constitucional, entre las que destaca la incesante reivindicación del decreto-ley como norma auténticamente excepcional. Aunque el Tribunal Constitucional ha admitido que esta norma constituye una excepción al procedimiento legislativo parlamentario, sin embargo no ha sido consecuente con dicha calificación.

Por otro lado, y si realmente quiere ponerse coto al abuso del decreto-ley y el consecuente desplazamiento de la ley, sugiere una interpretación constitucional restrictiva del presupuesto de hecho habilitante. Sobre ello, considera que el Tribunal Constitucional debe

ser más riguroso en el control «externo» que le corresponde, exigiendo: por un lado, que se expliciten las razones completas invocadas por el Gobierno en la exposición de motivos del decreto-ley (no en el debate parlamentario); y por otro, que se explicite suficientemente por qué no han podido adoptarse las medidas a través del ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria y de por qué no pueden adoptarse por el procedimiento legislativo de urgencia. Asimismo, dicho control no debe basarse en la mera razonabilidad, esto es, en la ausencia de arbitrariedad. A su juicio, debe exigirse proporcionalidad de la medida adoptada. En conclusión, el control de los decretos-leyes debiera incluir los siguientes pasos sucesivos que la aplicación del principio de proporcionalidad impone, verificación: a) de la necesidad de la medida, b) de la adecuación de la misma al objetivo que pretende, y c) ponderación o equilibrio entre la finalidad de la medida y el sacrificio constitucional que comporta adoptarla.

Ante el manifiesto abuso de la figura del decreto-ley, lo que procede, concluye el profesor Aragón, es «tomarse la Constitución en serio y dotar, política y jurisdiccionalmente, a los decretos-leyes del carácter restringido que ella, manifiestamente, ha querido».

Desde sus primeras páginas el libro nos desvela la preocupación del autor por una práctica legislativa abusiva cada vez más frecuente y con importantes consecuencias en nuestra forma de gobierno parlamentaria, en la medida en que una fuente con vocación excepcional se está convirtiendo prácticamente en la forma ordinaria de legislar.

Como podrá comprobar el lector, el libro no se detiene en el mero análisis descriptivo del *statu quo*, sino que se adentra en la reflexión crítica y constructiva de la problemática analizada, sugiriendo interesantes propuestas *de lege ferenda* y de reinterpretación constitucional tendentes a limitar esta tendencia abusiva del decreto-ley. Sin duda, el trabajo del profesor Aragón Reyes constituye una relevante contri-

bución doctrinal y una obra de obligada referencia para la disciplina del derecho constitucional e imprescindible para cualquier estudioso del derecho público.

YOLANDA GÓMEZ LUGO

*Profesora Titular acreditada
de Derecho Constitucional
UC3M*