

PROBLEMAS ACTUALES DEL DECRETO-LEY

Por JUAN GASCÓN HERNÁNDEZ

Oficial Letrado de las Cortes

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Las normas administrativas en el nuevo Estado español.—3. El Decreto-ley como nominación por Decreto sobre materia legislativa.—4. Significación del Decreto-ley en la serie categorial de normas.—5. El Decreto-ley como norma con valor de Ley formal emanada del Gobierno.—6. Significación del Decreto-ley en el Derecho español vigente.

I.—INTRODUCCIÓN.

Cuando se emprende el estudio del Decreto-ley, lo primero que llama la atención es la enorme variedad terminológica. Así, unos autores hablan de Decretos-leyes, otros de Leyes-decretos. Se mencionan por algunos las Leyes delegadas como forma de Decreto-ley, y no faltan, por último, alusiones a la postura que sostiene que sólo los Decretos de urgencia o de necesidad son verdaderos Decretos-leyes. Para otros, la característica del Decreto-ley es ser la forma normativa de un gobierno de hecho, o la consecuencia de existir en un Estado lo que se llama plenos poderes otorgados por el legislativo a favor del Gobierno.

Sin duda el problema terminológico viene en parte motivado por la doble acepción (1) que de la palabra Ley existe en Derecho administrativo. En su acepción formal, Ley es toda norma que emana del órgano legislativo; es decir, del órgano que, según la Constitución escrita o no, codificada o dispersa, tiene atribuída la facultad de dictar leyes. En su acepción material, Ley es toda regla de Derecho objetivo general cuyas

(1) Esta distinción constituye, a partir de LABAND, un lugar común. OTTO MAYER fué el primero que la combatió, y desde entonces son muchos los autores que discuten su conveniencia y oportunidad. Cfr. OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, trad. española, ed. Depalma, Buenos Aires, tomo I, págs. 94 y ss.

características son la novedad o la generalidad, según las doctrinas más extendidas.

El Decreto-ley es, sin duda alguna, manifestación de una etapa de transición, y creemos que son muy distintos los problemas que plantea el Decreto-ley, según que se parta de las concepciones del Estado de derecho burgués fundado en los principios de declaración de derechos y separación de poderes, o, por el contrario, se esté en la línea ideológica de las nuevas concepciones del Estado, para las cuales la declaración de derechos y la separación de poderes tiene un alcance muy distinto al que la doctrina tradicional del Derecho administrativo había asignado.

El Decreto-ley surgió como una quiebra de los principios básicos del Estado de derecho. Desde OTTO MAYER, todos los autores han convenido en aceptar que existía un principio de legalidad formal y un principio de legalidad material. El principio de legalidad material se enunciaba diciendo que todo acto concreto de gobierno debía ser dictado de acuerdo con una norma de carácter general; es decir, se establecía la legalidad de los actos administrativos. El principio de legalidad formal se formulaba afirmando que las normas de derecho objetivo general únicamente debían emanar del órgano legislativo formal. La doctrina de los actos de gobierno supone una excepción al principio de legalidad material, del mismo modo que los Decretos-leyes suponen una excepción al principio de legalidad formal.

La existencia del Decreto-ley presupone el que exista una reserva de la Ley (2), un dominio propio de la Ley o una competencia especial del poder legislativo.

Si se parte del supuesto de que las leyes en sentido formal las puede dictar el mismo Gobierno, o si existe una situación jurídica en la que el Jefe del Estado encarna al propio tiempo que la competencia gubernativa la competencia legislativa, ocurre que el Decreto-ley no tiene sentido y desaparece como figura jurídica totalmente superada. Seguramente en alguna medida esto es lo que ocurre actualmente en España, y lo que pretendemos en este ensayo no es otra cosa que analizar la *significación y sentido que puede tener hoy el Decreto-ley en el Derecho español*.

(2) La expresión «Vorbehalt des Gesetzes» se debe a OTTO MAYER, quien la distinguía de la «Vorrang des Gesetzes», primacía o preferencia de la Ley. Cfr. ob. cit., página 95.

2.—LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS EN EL NUEVO ESTADO ESPAÑOL.

El artículo 17 del Fuero de los Españoles establece que todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas establecidas que no podrán ser arbitrariamente interpretadas y alteradas. El sentido de este precepto es el de establecer una serie jerárquica (3) de normas legales, que es la siguiente: Ley, Decreto, Orden ministerial y disposiciones de autoridades administrativas supeditadas al Ministro. Obsérvese que no mencionamos el Decreto-ley, ya que, como veremos más adelante, el Decreto-ley forzosamente habremos de incluirlo bien en la categoría de Leyes, bien en la categoría de Decretos, según cual sea el resultado final de nuestra investigación. La existencia de una jerarquía de las normas constituye una garantía de los ciudadanos y una colaboración al establecimiento de la seguridad jurídica en el sentido de que cuanto más elevada es la disposición mayor estudio y garantía ofrece su promulgación. A medida que ascendemos en la escala piramidal de normas, ocurre que éstas se dictan desde un plano más elevado y contemplando con perspectiva suficiente todos los intereses que puedan ser afectados. A medida que se desciende en la estructura piramidal, se pierde perspectiva y se está tanto más cerca del caso concreto cuanto más lejos de una inserción total y de una conexión perfecta con el conjunto de los problemas e intereses nacionales e incluso internacionales.

En España, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países (como Italia, donde en el Real-decreto de 24 de septiembre de 1931 y Reglamento de 2 de septiembre de 1932 se contienen las disposiciones legislativas referentes a la promulgación y publicación de las Leyes y de los Decretos), no ha existido nunca una norma precisa en punto a la regulación de las normas administrativas. Normalmente en España las Leyes se elaboraban por la acción conjunta del Parlamento o Cuerpo deliberante y del Jefe del Estado o Monarca. Esta acción conjunta se advertía en la fórmula promulgatoria que se empleó durante el período de vigencia de la Constitución de 1876, que podemos considerar como el período más típico y asimismo el más largo. La fórmula promulgatoria era la siguiente: «Don Alfonso, por la gracia de Dios y de la Constitución Rey

(3) Vid. GASCÓN Y MARÍN, *Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo*, «Estudios Jurídicos», núm. 2, octubre de 1941.

de España, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed : Que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente : » Luego aparecía el texto de la Ley, y a continuación se ordenaba imperativamente : « Por tanto, mando a todos los Tribunales de justicia, Jefes, Gobernadores y demás autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas de cualquier clase y dignidad que sean, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente Ley en todas sus formas. » Luego venía la antefirma « Yo el Rey » y el refrendo del Ministro.

Actualmente en España, conforme a la Ley de 30 de enero de 1938 y a la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942, modificada en 9 de marzo de 1946, el poder de dictar leyes corresponde al Jefe del Estado. Ahora bien, podemos distinguir fundamentalmente dos clases de leyes : Primero, las que dicta el Jefe del Estado en virtud de su plena competencia que le fué reconocida por el Decreto de 29 de septiembre de 1936 y de la cual se hace reserva expresa conforme a la misma Ley de Cortes de 1942, y segundo, las que dicta el Jefe del Estado « de acuerdo con la propuesta elaborada por las Cortes españolas ».

En toda Ley deben distinguirse tres momentos esenciales : sanción, promulgación y publicación. La sanción supone el acto legislativo de perfección de la Ley. El derecho de sanción corresponde única y exclusivamente en España al Jefe del Estado, y ello tanto en las Leyes dictadas en virtud de su competencia plena como en aquellas otras, que son la mayoría hoy en España, que se dictan « de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes españolas ». El derecho de sanción podemos afirmar que es verdaderamente la esencia misma del acto legislativo, el acto de perfección de la Ley. LABAND distinguía entre el contenido de la Ley y el mandato de la Ley. Actualmente en España lo normal es que el contenido de la Ley lo fijen las Cortes españolas, aceptando o modificando el proyecto de Ley presentado por el Gobierno; pero el mandato de la Ley es fruto única y exclusivamente de la intervención del Caudillo.

La promulgación es ya el primer momento de ejecución de la Ley. Por la promulgación se da a la Ley fuerza ejecutiva o valor imperativo. La imperatividad que se predica como característica de la Ley es una consecuencia de la promulgación. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se dice que la promulgación es una publicación solemne, es decir, una *solemnis legis editio*, pero nosotros creemos más exacto, y ello se infiere claramente de un análisis profundo de las fórmulas pro-

mulgatorias que anteriormente hemos transcrito, que, aunque existe una parte en la promulgación que puede valer como publicación solemne, sin embargo, la esencia de la promulgación consiste en ser una intimación autoritaria.

En la fórmula utilizada en la Constitución de 1876, que con ligeras variantes es la misma aplicada durante todo el siglo XIX español, se advierte cómo la primera parte puede aparecer como una forma solemne de publicación, pero la última parte de esta fórmula promulgatoria, «Por tanto mando a todos...», es indudablemente una intimación autoritaria que constituye, según las concepciones hoy dominantes en el Derecho público, la verdadera esencia de la promulgación. Ciertamente es que esta intimación autoritaria ha desaparecido en la fórmula promulgatoria utilizada en el nuevo Estado, o mejor dicho, se ha hecho lacónica e incolora, puesto que durante los años 1939 y 1940 se decía simplemente: «Así lo dispongo por la presente Ley», y desde 1941 la fórmula se ha hecho aún más breve e inexpresiva, diciendo nada más: «Dada en...», pero a pesar de su concisión y falta de expresividad, no es aventurado sostener que en ella queda la esencia de la intimación autoritaria, la médula misma de la promulgación.

En España es, pues, Ley la expresión de la voluntad del Caudillo, sin duda el supremo órgano legislativo. En un proceso de institucionalización del poder, han aparecido las Cortes españolas como órgano que colabora en las tareas legislativas y que asiste al Jefe del Estado en la función de determinar el contenido de la Ley. Este proceso de institucionalización del poder se advierte cada vez con mayor fuerza, en cuanto son escasísimas, y se pueden contar con los dedos de la mano, las leyes que el Caudillo dicta en virtud de su competencia plena (4), mientras que son cientos de leyes todos los años las que se aprueban «de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes españolas».

Desde el punto de vista subjetivo, el Decreto-ley constituye un Decreto, pero desde el punto de vista objetivo, el Decreto-ley no es otra cosa que una Ley. La esencia del Decreto-ley es su pretensión de aparecer en el mismo rango y con virtualidad suficiente para derogar si fuera

(4) Competencia plena es una expresión exacta y adecuada, y no lo es la de prerrogativa, cuyo concepto es privativo del poder real. Prerrogativa se refiere siempre y en todo caso al poder del Monarca —«tout vient de luy et tout fut in luy al commencement»—, mientras que la competencia plena es característica de los Jefes de Estado en las nuevas formas de Estado surgidas en el siglo XX.

preciso la Ley misma. En el orden jerárquico de normas, el Decreto-ley debe colocarse antes que los Decretos y situarse en el mismo escalón jerárquico que las leyes.

En el lenguaje administrativo, la expresión Decreto se emplea por antonomasia para designar el acuerdo de la autoridad administrativa superior del Estado, del Jefe Supremo de la Administración. Hoy un Decreto es un acuerdo del Jefe del Estado y equivale a lo que en el régimen monárquico se conoce con el nombre de Real-decreto.

Desde un punto de vista meramente externo, las características del Decreto en nuestro Derecho vigente son las siguientes: 1.ª Es un acuerdo o resolución del Jefe del Estado, que habla en primera persona: «Vengo en decretar», «Así lo dispongo». 2.ª Es una resolución que generalmente debe ser acordada en Consejo de Ministros y a propuesta de un Ministro, quien en la mayor parte de las veces ha producido por sí o a través de sus colaboradores el contenido jurídico del mismo. 3.ª El Decreto, como forma de exteriorización de potestades administrativas, puede ser resolutorio o normativo; es decir, puede contener un acto administrativo que determine una situación jurídica individualizada o llevar implícita una disposición administrativa, una regulación de carácter general.

La norma básica acerca de la regulación del Decreto en España está contenida en la Ley de 30 de enero de 1938. En ella se habla de disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, y tanto las disposiciones como las resoluciones adoptan la forma de Decretos y por ello podemos clasificar en Decretos normativos (disposiciones) y Decretos resolutorios o administrativos, en los que plasma un acto administrativo (resoluciones). *Conforme esta Ley, se pretende una división material entre Leyes y Decretos, dado que conforme a ella serían Leyes las disposiciones que afectan a la estructura orgánica del Estado (criterio de generalidad) o las normas principales del ordenamiento jurídico del país (criterio de libertad).*

Se ha dicho a veces que el Decreto implica una resolución del Consejo de Ministros o del Gobierno, pero estimamos que en el Decreto no es ello lo esencial, y esto por dos motivos: 1.º Porque del texto mismo de la fórmula de los Decretos se advierte que quien habla y decreta es el Jefe del Estado, y 2.º Porque existe posibilidad de Decretos dictados por el Jefe del Estado sin previa deliberación del Gobierno, y ello está

especialmente previsto y regulado en el artículo 7.º de la Ley de 8 de agosto de 1939.

Además hay que tener presente que en el ordenamiento jurídico español el acuerdo del Consejo de Ministros, aunque se traduce comúnmente en forma de Decreto, otras veces reviste la forma de orden o de simple acuerdo. Así, por ejemplo, las órdenes que resuelven los recursos de agravios no revisten forma de decreto, sino de órdenes, y hay otros casos en los que se habla simplemente de acuerdos del Consejo de Ministros, y no revisten la forma de decreto ni de orden. Es, por tanto, claro que el Decreto no es en sí otra cosa que la forma de exteriorización de las potestades que corresponden al Jefe del Estado. Un Decreto es un acto emanado del Jefe del Estado, cuyo contenido normativo, administrativo o de otra índole habrá que examinar más adelante.

Considerado el Decreto-ley como Decreto, se advierte en él la diferencia esencial de que no aparece la propuesta del Ministro ni el refrendo. En España, salvo los Decretos de la Presidencia del Gobierno (en virtud de la unión institucional entre Jefe del Estado y Jefe del Gobierno) y las de nombramientos y ceses de altos cargos militares, todos los Decretos van refrendados. Es discutible la significación que actualmente puede tener el refrendo de los Decretos. La esencia tradicional del refrendo era indudablemente la de cubrir la responsabilidad del Jefe del Estado. Hoy la única explicación del refrendo es el reconocimiento de la intervención en el Decreto del Ministro proponente. El principio de unidad en la actuación administrativa implica que toda actividad que revista formas de Decreto supone jurídicamente un acto del Jefe del Estado, pero acaso, como sostienen algunos autores, el Decreto es un acto complejo, pues si la fuerza de obligar le viene única y exclusivamente por la voluntad del Jefe del Estado, el contenido del Decreto ha sido trazado por el Ministro proponente y por el Consejo de Ministros, y en este sentido el refrendo puede aparecer no ya como un residuo inservible, sino como un reconocimiento del hecho de que aunque el Decreto aparece formalmente, y de su mismo léxico y estilo, como acto que traduce la voluntad del Jefe del Estado, en realidad el Decreto viene a constituir expresión de las distintas voluntades que en su confección han intervenido, y por ello la responsabilidad concreta del mismo se atribuye al Ministro que refrenda, que asume de esta manera la responsabilidad del contenido del Decreto.

El hecho de que los Decretos-leyes no se refrenden viene a constituir una consecuencia del carácter sustancial de Ley que corresponde al Decreto-ley.

Si desde el ángulo subjetivo y externo el Decreto-ley parece más una Ley que un Decreto, con un enfoque interno y esencial advertimos que el Decreto-ley es literalmente una Ley, una Ley anormal acaso, pero una Ley.

3.-EL DECRETO-LEY COMO NORMATIÓN POR DECRETO SOBRE MATERIA LEGISLATIVA.

Un análisis real demuestra que los Decretos emanados conforme a autorización administrativa, las Ordenanzas de urgencia o de necesidad y los Decretos dictados por un Gobierno de hecho, incluyen todos un rasgo común que los enlaza y aúna. En los tres casos se trata de regulación por Decreto sobre materia legislativa. Y, en consecuencia, el Decreto-ley cabría definirlo como toda regulación por vía de Decreto sobre materias que, dada su naturaleza, caen dentro del ámbito de la Ley formal. Caben, pues, tres concepciones del Decreto-ley que, de mayor a menor extensión, se enunciarían así: 1.ª El Decreto-ley como normación por vía de Decreto sobre materia legislativa. 2.ª El Decreto-ley como norma con valor de Ley formal emanada del ejecutivo; y 3.ª El Decreto-ley como forma normativa de un Gobierno de hecho.

El primer concepto ofrece sobre los otros dos la ventaja de su gran amplitud y el hacer superfluas las discusiones acerca de la significación de esta figura jurídica. En efecto, en la bibliografía francesa e italiana constituyen legión las monografías y artículos dedicados a estudiar los «*prétendus décrets-lois*» o los «*cosidetti decreti-leggi*». Aunque la doctrina no es unánime, parece con mucho predominar la posición que sostiene que debe reservarse la expresión Decreto-ley para designar los Decretos de urgencia o de necesidad, mientras que los Decretos-leyes dictados en virtud de autorización legislativa deben ser denominados Decretos legislativos (5). Una parte de la doctrina habla de *Leyes delegadas*, pero esta expresión la consideramos totalmente inadecuada, puesto que en ella no se alude a lo que constituye la esencia del Decreto-ley, es decir, emanar del ejecutivo. Además, muchas veces se autoriza al Gobierno

(5) Vid. el interesante trabajo de RICARDO GÓMEZ-ACEBO *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, págs. 99-124.

para dictar determinadas disposiciones en supuestos que nada tienen que ver con el caso de los Decretos-leyes.

Este primer concepto amplio del Decreto-ley ofrece el inconveniente no pequeño de suponer la existencia de una materia o campo propio de la Ley, que si es muy discutible en la doctrina, parece poco menos que imposible su aplicación práctica. En el Estado burgués de derecho se consideraba como materia propia de la Ley todo límite impuesto a la libertad o a la propiedad. En los Estados actuales existen preocupaciones sociales tan fuertes o más que esta preocupación por la libertad y la propiedad, características del Estado constitucional liberal. La mayor parte de los Estados modernos inscriben en el frontis de sus Constituciones la preocupación por la seguridad social o por el establecimiento de un orden social justo (6). Seguramente que en el fondo se trata, como siempre, de defender la libertad y la propiedad, señal de que se advierte el hecho indudable de que su defensa únicamente es posible si se efectúa en un marco en que queden satisfechas las aspiraciones nacionales y de justicia social.

Hay que tener presente que el Decreto-ley es una realidad que surge como consecuencia de la distinción entre los aspectos formal y material de la Ley, y que un análisis sociológico nos muestra que se ha operado una profunda evolución en su sentido. En efecto, de ser una institución excepcional y extraordinaria que implicaba una quiebra de los principios del Estado de derecho tradicional, el Decreto-ley va llegando a ser cada día más una de las figuras más sólidas y frecuentes de la actual actividad legislativa. La frase de SCHMITT de que el Decreto era la Ley motorizada podría aplicarse con mayor razón al Decreto-ley, que cabría calificar de Ley atómica, es decir, la Ley de los tiempos actuales, en que el ritmo de celeridad es tan fuerte, que el procedimiento legislativo ordinario, por mucho que se simplifique y por más que se esfuercen los Estados por que sus Parlamentos se tornen ágiles y eficaces, resulta siempre que su actividad se muestra retardataria y obstaculizadora. La vida administrativa contemporánea nos muestra que en la Administración lo primero es la acción. Un Estado, cualquier Estado, es un Gobierno y lo que se crea después. El Gobierno o ejecutivo representa el mínimo de Estado, y la esencia del Estado no es otra que un inexorable y continuo hacer. La racio-

(6) Cfr. las afirmaciones de GARRIDO FALLA en *La Administración y la Ley*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 6, pág. 133, *in fine*, que suscribimos en un todo.

nalización e institucionalización de esta actividad del Estado es siempre algo posterior al ser mismo del Estado. El Decreto-ley supone legislar gobernando, implica la supremacía de la voluntad sobre la razón, que sean cualesquiera las objeciones doctrinales que puedan alzarse, ocurre siempre que la realidad señala como incontrovertibles. En tiempos normales, el ser del Estado aparece en juego pocas veces. En momentos de peligro como los que desde hace mucho tiempo vive el mundo, el ser del Estado puede encontrarse en riesgo de desaparecer a cada momento. El Decreto-ley es una manifestación más de la primacía de lo político sobre lo jurídico.

4.—SIGNIFICACIÓN DEL DECRETO-LEY EN LA SERIE CATEGORIAL DE NORMAS.

No hay definición más fácil del Decreto-ley que decir que constituye un híbrido que tiene cuerpo o forma de Decreto, y alma o contenido de Ley. Esta caracterización sería válida si no fuera porque en realidad es demasiado amplia y vale más bien para designar todo Decreto normativo. La esencia del Decreto-ley es su pretensión de aparecer situado en el mismo rango jerárquico de la Ley y, en consecuencia, con fuerza suficiente para derogar la Ley si ello fuera preciso. El Decreto-ley, en el orden jerárquico de las normas, aparece situado junto a las Leyes y como superior en jerarquía a los Decretos. En una primera ojeada, el Decreto-ley se nos aparece con los atributos externos de un Decreto cualquiera. Vemos que es un acto del Jefe del Estado, aunque ya advertimos que no va refrendado, y además se publica en el «Diario Oficial» a una columna, lo mismo que las Leyes. Estas dos características formales de ausencia de refrendo y de publicación a una columna nos indican ya, desde el punto de vista externo, que nos encontramos en presencia de una Ley y no en presencia de un Decreto. Pero si con una mirada más íntima penetramos en lo que constituye el núcleo tuétano del Decreto-ley, entonces advertimos sin ningún género de duda que se trata de una verdadera Ley, cuyo contenido en nada difiere de cualquier otra Ley formal.

HAURIOU enfocaba el estudio del Decreto-ley como una excepción a la teoría de la ilegalidad de los Reglamentos. En realidad, como ya in-

dicamos antes, el Decreto-ley no es otra cosa que una excepción al principio de legalidad formal. El principio de legalidad formal supone que la Ley, en su acepción material, no puede en principio elaborarse más que de una cierta forma, es decir, por el órgano legislativo. Los Decretos-leyes son, por tanto, excepción al principio de legalidad formal en cuanto vemos que existen leyes con la misma fuerza y vigor que las Leyes formales y que no emanan del órgano legislativo ordinario, sino del órgano ejecutivo o Gobierno. Ahora bien: cuando, como ha ocurrido en muchas nuevas formas de Estado, más atentas al principio de unidad del poder que al principio de separación de poderes, vemos que la competencia legislativa y la competencia gubernativa están atribuidas a la misma persona, se advierte entonces que el Decreto-ley pierde por completo su razón de ser y que la caracterización que del mismo hacen los autores tradicionales de Derecho constitucional y administrativo, no tiene hoy justificación.

Cuando no a título excepcional, sino de una manera normal, y podríamos decir constitucional, el Jefe del Estado o el Gobierno tiene atribuida la competencia legislativa y es el órgano legislativo ordinario, no tiene sentido hablar de Decretos-leyes, que suponen por esencia un régimen de transición, una forma anormal, un reconocimiento de que son distintos el órgano legislativo ordinario y el órgano de gobierno.

Si partimos del concepto amplio de Decreto-ley como toda normación por Decreto sobre materia legislativa, tiene que comprenderse dentro de él tanto los Decretos dictados a virtud de autorización legislativa o decretos legislativos, como los Decretos de urgencia o necesidad a los que la mayor parte de la doctrina reserva la denominación de Decretos-leyes.

Estos reglamentos o Decretos dictados sobre la pauta de una autorización del legislador al ejecutivo tienen ya precedente en los Decretos de Cortes previstos en el artículo 131 de la Constitución española de 1812 y también podrá citarse el precedente de los Decretos que se dictaron a raíz de la Revolución de 1868, ratificados por la Ley de 19 de julio de 1869.

Un precedente más próximo lo encontramos en el artículo 61 de la Constitución republicana de 1931.

Estas autorizaciones legislativas que dan lugar a los llamados Decretos legislativos pueden tener distinto tratamiento, según que se admitan o no en la Constitución y según se trate de autorizaciones para casos concretos o de una autorización general. Los casos de autorización general es lo

que se conoce con el nombre de plenos poderes, que, en su esencia, no viene a suponer otra cosa sino el hecho de que el legislativo vierte todo el contenido de su competencia en manos del ejecutivo. Lo mismo si se trata de Decretos-leyes en sentido estricto que de Decretos legislativos, la consecuencia será siempre de que, en el orden jerárquico de las normas, el Decreto-ley aparece situado en el mismo plano que las Leyes y en un escalón más alto que los Decretos ordinarios.

5.—EL DECRETO-LEY COMO NORMA CON VALOR DE LEY FORMAL EMANADA DEL GOBIERNO.

Es sabido que el poder ejecutivo puede dictar normalmente leyes en sentido material que se conocen con el nombre de Reglamentos; es decir, lo que la doctrina administrativa denomina actos-regla. Lo extraordinario es su facultad de dictar normas que tengan el mismo valor que las leyes votadas por el órgano legislativo. En este concepto se entiende por Decreto-ley toda asunción voluntaria de competencia legislativa por el órgano ejecutivo. Del concepto quedan excluidos los Decretos legislativos, pero tanto en los Decretos de urgencia como en los Decretos de un Gobierno de hecho, se da la misma característica de que *motu proprio* el órgano ejecutivo o Gobierno ha asumido la competencia legislativa. Este nos parece ser el verdadero concepto del Decreto-ley, que así sería definido como cualquier norma con valor de Ley formal que emana de un órgano de Gobierno. Se trata, como fácilmente puede advertirse, de una caracterización estrictamente jurídica, y los supuestos sociológicos que pueden moverla son muy distintos, aunque tengan también el rasgo común de suponer el primado de la necesidad sobre el derecho (7). SANTI ROMANO define el Decreto de urgencia como «Decreto emanado de autoridad gubernativa en el ejercicio de una competencia propia del poder legislativo asumida espontáneamente y no por delegación de este último, pero con

(7) CLAVERO ARÉVALO dice: «La causa de los Decretos-leyes es la urgencia; el contenido de la institución es el dictar el Gobierno normas con fuerza de Ley formal.» Vid. *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*. REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 10, págs. 47 y ss. Importa llamar la atención sobre el matiz distintivo entre urgencia y estado de necesidad, pág. 50.

obligación de presentar los Decretos al Parlamento para su conversión en Leyes». Esta definición puede valer como paradigma entre las usuales en los tratados italianos, y al aludir a la conversión, subraya el rasgo más interesante de los Decretos de urgencia en el régimen jurídico tradicional, que es el de la provisionalidad. Los Decretos de urgencia, por su carácter provisional, no tienen la entera virtualidad que las otras formas de los Decretos-leyes, pues dado su carácter provisional, acaso sea más exacto afirmar que no derogan propiamente la Ley, sino que sólo operan una suspensión en su vigencia. La Ley estaría en una curiosa *vacatio legis*, peculiarísima por lo demás, ya que es posterior a la entrada en vigor de la Ley. Llegado el caso, no habría que restablecer la vigencia de la Ley en suspenso, sino que bastaría con derogar el Decreto de urgencia para que la Ley recobrará su pristino vigor. Esta caracterización de fuerza provisional de los Decretos-leyes va perdiendo cada vez más su índole decisiva, y, como veremos más adelante, la reforma que la Ley de 1946 introdujo en la Ley de Cortes de 1942 vino a consagrar una forma de Decreto-ley en la cual este rasgo provisional desaparecía por completo.

Dentro de la concepción del Decreto-ley como norma con valor de Ley formal emanada del ejecutivo puede incluirse no sólo el Decreto de urgencia, sino también el Decreto-ley, considerado como forma normativa de un Gobierno de hecho. Es esta la modalidad más antigua de los Decretos-leyes; constituye su manifestación originaria, pues claro es que esta inmisión del ejecutivo en el campo de lo normativo nació como puro hecho, y sólo mucho tiempo después logró tener consagración jurídica con las figuras de la autorización legislativa y del Decreto de urgencia. GARCÍA OVIEDO las define como normas que son formalmente Leyes desde su primer momento por la propia suspensión de las funciones normativas del Parlamento y por el traspaso de las mismas al poder ejecutivo.

6.—SIGNIFICACIÓN DE DECRETO-LEY EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.

JAVIER CONDE, en su obra *Representación política y régimen español*, estima que la existencia del Decreto-ley en nuestro Derecho actual pone de manifiesto una voluntad de racionalizar el ejercicio del poder, y sos-

tiene que el artículo 13 de la Ley de Cortes implica una autorización legislativa de carácter general. La teoría tradicional del Decreto-ley se basaba en la existencia de órganos distintos con competencia legislativa unos, y ejecutivos otros. Esta teoría tradicional tenía difícil encaje en las nuevas formas de Estado. Sin embargo, en España, en el Reglamento de la Junta Técnica de 19 de noviembre de 1936, aparecía la categoría de Decretos-leyes. En un trabajo que publicamos en 1942 (8) sostuvimos que era una anomalía que, dada la plenitud del poder que el Decreto de 29 de septiembre de 1936 atribuía al Jefe del Estado, se siguiera hablando de Decretos-leyes. Afirmábamos que el Decreto-ley no tiene sentido ni significación cuando el poder legislativo y el ejecutivo aparecen reunidos en una sola persona, y existe unión institucional entre el órgano legislativo y el órgano de Gobierno.

Sin duda este mismo razonamiento fué el que inspiró al legislador que en las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 prescindió por completo de los Decretos-leyes.

El Decreto-ley vuelve a surgir en nuestra legislación en el artículo 13 de la Ley de creación de las Cortes de 17 de julio de 1942, cuyo texto dice así: «En caso de guerra o por razones de urgencia, el Gobierno podrá regular mediante Decreto-ley las materias enunciadas en los artículos 10 y 12. Acto continuo de la promulgación del Decreto-ley se dará cuenta del mismo a las Cortes para su estudio y elevación a Ley con las propuestas de modificaciones que en su caso se estimen necesarias.» En este artículo resurgía, como nueva ave fénix, el Decreto-ley configurado en su forma tradicional e invocándose razones de urgencia o bélicas para poder dictarle. La competencia se atribuía al Gobierno según la expresión de la Ley y no al Jefe del Estado. Ahora bien, con arreglo a la normativa vigente en el momento de dictarse la Ley de Cortes, y con arreglo también al contexto de la misma Ley, esta figura del Decreto-ley aparece como una anomalía, como una pervivencia inexplicable de figuras jurídicas correspondientes a ordenamientos ya caducados. Hay que tener presente que ciertamente no sólo el artículo 13 de la Ley de Cortes, sino todo su espíritu e intención ponía de manifiesto una voluntad de racionalizar el ejercicio del poder. Lo que ya no es tan claro es el concepto de Decreto-ley que trasparece en el artículo 13 transcrito, dado que, de

(8) *Las normas administrativas en el nuevo Estado español*, «Revista de las Ciencias», año 7.º, núm. 1, 1942.

un lado, se invoca el caso de guerra o razones de urgencia, aludiéndose, por tanto, a la figura del Decreto de urgencia, y por otro lado, al configurarlo como competencia del Gobierno y en la misma interpretación de CONDE de estimarlo como autorización legislativa, se alude a la otra modalidad del Decreto-ley que ya hemos visto.

Puesto que el Jefe del Estado es en España órgano de Gobierno, al mismo tiempo que órgano legislativo ordinario, y diríamos el órgano legislativo fundamental, dado que las Cortes son solamente instrumento normal de colaboración, pero no imprescindible, no tiene sentido configurar el Decreto-ley como forma legislativa ordinaria para casos de urgencia o necesidad. Del texto del artículo 13 conforme a la Ley de 1942, parece desprenderse que, más que una autorización legislativa de carácter general, se trata de Decreto de urgencia con su característica provisionalidad, por lo cual se hablaba de la necesaria ratificación *ex post facto* por parte de las Cortes. Iba implícito en el texto del artículo 13 la posibilidad de que las Cortes introdujeran modificaciones; pero, sin embargo, en ningún caso tuvo aplicación práctica la posibilidad legal de modificación posterior del Decreto-ley por las Cortes. En todos los países se ha acudido al Decreto-ley para proveer sobre asuntos urgentes y de vital importancia. El Gobierno es, por definición, quien tiene que decidir sobre la política, y sería vano pretender que *a posteriori* el órgano legislativo intentara cambiar lo que en la realidad existía ya como inalterable. El artículo 13 de la Ley de 1942 suponía una concesión formal a la teoría tradicional del Decreto-ley que no podía tener encaje dentro de la sistemática del Derecho vigente en el nuevo Estado español. Consecuencia de ello fué que la Ley de 9 de marzo de 1946 introdujo una reforma sustancial en el artículo 13 por cuanto suprimió el párrafo último, desapareciendo, por tanto, la posibilidad meramente teórica de que las Cortes modifiquen con posterioridad el Decreto-ley. La única obligación del Gobierno se limita a tener que dar cuenta del Decreto-ley a las Cortes. Esta obligación de dar cuenta no implica en modo alguno el que las Cortes puedan modificar con posterioridad el Decreto-ley, ni los Decretos-leyes actualmente en España tienen la característica de provisionalidad que son el rasgo definitorio de los Decretos dictados en virtud de urgencia o necesidad.

Intentemos explicarnos la significación y sentido del Decreto-ley en nuestro Derecho vigente. Actualmente existen en España tres clases de

normas con valor de Ley formal: 1.º Las Leyes sancionadas por el Jefe del Estado «de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes españolas». Estas Leyes constituyen la forma legislativa ordinaria, y puede decirse que más del 95 por 100 de las Leyes de España se dan de esta forma. 2.ª Leyes dictadas por el Jefe del Estado en virtud de su plenitud de poder y como consecuencia de ser hoy el órgano legislativo normal; y 3.ª Los Decretos-leyes. (Adviértase que no entran en esta clasificación las Leyes de referéndum, pues siempre habrán de pertenecer al grupo 1.º ó 2.º, y que no tiene interés a nuestros efectos la distinción entre leyes de pleno y leyes de comisión, por lo demás más teórica que práctica.)

Importa poner de relieve que, siendo hoy el Jefe del Estado el órgano legislativo ordinario (9), y como tal investido del poder de dar leyes con valor de Ley formal, sin tener que contar con las Cortes, a poco que se piense sobre este problema, aparece como totalmente desprovista de utilidad la fórmula jurídica de los Decretos-leyes.

Puede argüirse que el Decreto-ley, conforme a la letra del artículo 13 de la Ley de Cortes, es una competencia del Gobierno y no una competencia del Jefe del Estado. Sin embargo, hay que tener presente que el Decreto-ley, como su misma denominación indica, no deja de ser sub-

(9) A nuestro juicio, la situación actual de España consiste en que el Jefe del Estado es literal y exactamente órgano legislativo ordinario e imprescindible. La plenitud de poder que le atribuyó el Decreto de 29 de septiembre de 1936 no se ha visto mermada ni afectada en lo esencial por ninguna de las Leyes posteriores, sino inversamente ratificada y reconocida. Ello es singularmente cierto por lo que respecta a las Leyes de 17 de julio de 1942 y 8 de junio de 1947. No se trata de una mera unión personal entre el órgano legislativo y el órgano de gobierno, ni tampoco de una vinculación transitoria de la función legislativa al Jefe del Estado. Las Cortes no son un Cuerpo soberano o una encarnación y representación de la soberanía del pueblo español, utilizando estas expresiones en el sentido del Estado constitucional liberal del siglo XIX. Constituyen un órgano legislativo secundario, en cuanto su misión es preparar y colaborar en la formación de las Leyes, siquiera dado el ritmo dinámico del régimen español nada fundamental se oponga a que su tarea legislativa y política vaya adquiriendo cada vez mayor significación.

Lo que aquí nos interesa es realzar que el desnudo examen de la actual realidad española y el mantenerse viva la institución del Decreto-ley puede valer en cierto sentido como una potenciación de la importancia y papel de las Cortes. Las leyes votadas en Cortes son hoy solamente la casi totalidad de las leyes españolas, pero pueden llegar a ser la única forma efectiva y práctica de legislar en España. En todo caso, si no hay Ley votada en Cortes, es de subrayar que se acude casi siempre al Decreto-ley, y no a la Ley de plena competencia, de cuya figura jurídica se ha hecho uso tan limitado que los ejemplos pueden contarse con los dedos de la mano.

jetivamente un Decreto, y todo Decreto es un acto del Jefe del Estado en el cual la intervención del Gobierno no es nunca esencial. Por ello no es admisible la tesis de que así como las Leyes de plena competencia emanan única y exclusivamente del Jefe del Estado, los Decretos-leyes los dicta el Gobierno, es decir, el Jefe del Estado con el Consejo de Ministros, ya que al ser el Decreto-ley un Decreto desde el punto de vista subjetivo, puede ocurrir que, conforme previene el artículo 17 de la Ley de 30 de enero de 1938 y la Ley de 8 de agosto de 1939, y como por lo demás es consecuencia del mismo principio de unidad en la actuación administrativa, el Jefe del Estado puede dictar Decretos en todo momento, y singularmente en caso de urgencia, sin necesidad de contar con el Consejo de Ministros. Cabe también el argumento de que las Leyes de 1938 y 1939 no prevían la existencia de Decretos-leyes, pero no es menos indudable que las normas que en las mismas se contienen respecto a los Decretos, a nuestro juicio son aplicables a los Decretos-leyes, no sólo por ser subjetivamente el Decreto-ley un Decreto, sino porque la justificación que del Decreto-ley da el artículo 13 de la Ley de 1942 es precisamente la urgencia y necesidad, que eran las mismas razones que el artículo 7.º de la Ley de 7 de agosto de 1939 invocaba para justificar el que el Jefe del Estado dictara los Decretos sin reunir el Consejo de Ministros. Si el Jefe del Estado puede dictar toda clase de Decretos sin contar con el Consejo de Ministros, parece que con mayor razón podrá dictar Decretos-leyes sin contar con el Consejo de Ministros en los casos de urgencia y necesidad. De no ser esto así, ocurriría que habría una flagrante contradicción entre el artículo 7.º de la Ley de 7 de agosto de 1939 y el artículo 13 de la Ley de 1942, ya que lo que en un caso se aducía como razón justificativa para que el Jefe del Estado dictara Decretos sin necesidad de contar con el Consejo de Ministros, en el otro supuesto la misma razón tendría la inversa consecuencia de implicar la intervención del Consejo de Ministros.

Se plantea, pues, el problema de si, como a primera vista parece, carece por completo de justificación la existencia del Decreto-ley en nuestro ordenamiento jurídico. Desde luego que esta justificación solamente existe como una reminiscencia de un estado jurídico anterior, y solamente si se nos pusiera en el trance de buscar una justificación efectiva habría que convenir en que el Decreto-ley implica sólo un expediente al que se acude para evitar tener que optar por fórmulas de mando más

leno, es decir, las mal llamadas Leyes de prerrogativa o Leyes dictadas por el Jefe del Estado sin contar con las Cortes. Desde un punto de vista jurídico, la existencia del Decreto-ley aparece totalmente injustificada. Desde la atalaya política, empero, vale como un síntoma de que se quiere racionalizar el poder y que se evita acudir a formas de plenitud de poder que implica el ejercicio del poder legislativo por el Jefe del Estado, órgano legislativo normal e imprescindible en el Derecho actual de España.