

LOS ACTOS LEGISLATIVOS DEL EJECUTIVO [DECRETOS CON FUERZA DE LEY]¹

Pierre Bon²

RESUMEN: Ofrece el autor un detallado estudio de derecho comparado europeo sobre la posibilidad del poder ejecutivo de adoptar actos legislativos, teniendo a la vista actualizada bibliografía y jurisprudencia de los tribunales constitucionales respectivos. Constata que los actos legislativos del ejecutivo son reconocidos en todos los órdenes constitucionales europeos con la notable excepción de la República Federal Alemana. Esta habilitación que establecen los órdenes constitucionales está vinculada a las ideas de parálisis, demagogia, rapidez y tecnicidad, que destaca el autor. Se ofrece una tipología de los distintos actos legislativos del ejecutivo existentes en los órdenes jurídicos europeos, a partir de la cual realiza el desarrollo de la materia. El primer tipo, muy difundido, es el de los actos adoptados a partir de una previa delegación del legislador. El segundo, menos corriente, es el de los actos adoptados sin delegación previa del legislador, en caso de urgencia. Y, el tercero, muy excepcional, es el de los actos adoptados sin delegación previa del legislador y en ausencia de urgencia.

A pesar del “sacrosanto” principio de la separación de poderes, la posibilidad para el ejecutivo de adoptar actos legislativos se reconoce en todo orden constitucional³, salvo algunas notables excepciones cercanas, siendo la más destacable en Europa el caso de la República Federal Alemana⁴.

Como reacción a los abusos del pasado, la Ley Fundamental, en su artículo 80 es, en efecto, interpretada como si no permitiese al ejecutivo emitir actos legislativos, sino solamente actos reglamentarios y bajo la condición de

que el legislador lo haya autorizado expresamente. En cuanto a su artículo 129-3, declara caducadas las autorizaciones concedidas anteriormente y que permitían al ejecutivo dictar actos legislativos. Como lo destaca el Tribunal constitucional federal en una decisión de 10 de junio de 1953⁵, este artículo tiene por objeto proteger la separación de poderes, el que constituye uno de los principios esenciales de la democracia liberal, garantizando “tanto al poder legislativo de los ataques del ejecutivo sobre el fundamento de antiguos ordenamien-

1 Traducción del Profesor Dr. Alejandro VERGARA BLANCO, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Nota del traductor: la expresión francesa “*ordonnance*” (acto legislativo del ejecutivo) fue traducida, en todo el texto como “*ordenanza*”.

2 Profesor de la Universidad de Pau y de los países del Adour, Director del Instituto de Estudios Jurídicos Ibéricos e Ibérico Americanos.

3 Ver, por ejemplo, para los países europeos, C. GREWE ET H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, p. 593.

4 C. AUTEXIER, “République fédérale d’Allemagne: les ordonnances et les délégations législatives”, *Revue Française de Droit Administratif* 1987, p. 748.

5 Corte Constitucional Federal Alemana (BVerfGE), 2, 307/329-330, citado por C. Autexier (n. 4), p. 749.

tos jurídicos o antiguas concepciones del derecho; como al ejecutivo contra la asunción de funciones, y en consecuencia responsabilidades, que incumben a la representación del pueblo". Él "expresa así la distancia que el constituyente quiso deliberadamente tomar con relación a las prácticas de habilitación del último tiempo". Esto debe interpretarse como una manera de poner "término a la práctica de habilitaciones que se extienden a la modificación o a la supresión de una ley en sentido formal".

Excepto estas raras excepciones, la generalidad de los órdenes constitucionales habilitan al ejecutivo a aprobar actos legislativos. Las razones se conocen bien y están esencialmente vinculadas a las ideas de parálisis, demagogia, rapidez y tecnicidad:

Parálisis: el Parlamento, atrapado en las divisiones de las fuerzas políticas que lo componen, resultaría incapaz de decidir y preferiría entonces devolver la decisión al ámbito del ejecutivo.

Demagogia: cuando la situación impone tomar decisiones impopulares, el Parlamento renegaría asumirlas y preferiría que las tomase el Gobierno.

Rapidez: habida cuenta de la pesadez del procedimiento legislativo, la ley requeriría de tiempo para ser adoptada, mientras que el ejecutivo está en condiciones de dictar actos legislativos mucho más rápido y en consecuencia de responder mejor a la urgencia.

Tecnicidad: algunas materias especialmente técnicas se prestarían mal a un debate parlamentario de modo que fuera entonces más expeditivo regularlos por un acto del ejecutivo.

Ciertamente, todas estas razones no son igualmente convincentes. Tratándose de la pretendida parálisis del Parlamento, si está atrapado en divisiones porque no hay una mayo-

ría coherente, lo más probable es que el Gobierno es un Gobierno de coalición, al menos si se trabaja en un régimen parlamentario, de tal suerte que él podrá enfrentar también divisiones que no son menores. Tratándose de la tendencia de los parlamentarios a no querer asumir decisiones impopulares, no se ve por qué abarcaría a los miembros del gobierno. Tratándose de la mayor velocidad posible con la que los actos del ejecutivo podrían emitirse, ello es innegable dado que no tienen que ir precedidos de una habilitación parlamentaria, pero es ilusoria si tal habilitación es necesaria. Tratándose de tecnicidad de algunas materias que las volverían especialmente rebeldes al debate parlamentario, es también difícilmente refutable.

En cualquier caso, es a estos actos legislativos del ejecutivo a los que consagro las líneas que siguen, lo que implica que dos explicaciones relativas a los términos mismos del tema deban ser aportadas previamente.

La primera explicación se refiere al concepto de acto legislativo. El acto legislativo no puede obviamente definirse en este caso desde un punto de vista orgánico, puesto que él puede emanar de una pluralidad de actores: el Parlamento, el ejecutivo, el pueblo... Por la misma razón, no puede definirse tampoco desde un punto de vista procedimental. No puede igualmente definirse desde un punto de vista material en la medida en que toda materia es, en general, susceptible de ser regulada por el legislador, el derecho francés, a veces presentado como una excepción a este respecto, no siéndolo más que parcialmente, puesto que el Parlamento puede penetrar en el ámbito normativo que la Constitución supone reservado al Gobierno, si este último no se opone⁶. En definitiva, la definición quizá más operativa consiste en definir el acto legislativo como el acto de fuerza legislativa⁷, es decir, como el acto

6 Al contrario, en Portugal y como se verá más adelante (voir *infra* III, A), existe un ámbito que releva de la competencia legislativa exclusiva del gobierno.

7 A. SANDULLI, "Legge, forza di legge, valor di legge", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1957, p. 269; F. RUBIO LLORENTE, "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley", *Revista de Administración Pública* 1983, p. 417.

que tiene una fuerza particular, la fuerza de ley, que, según el análisis clásico de profesor CRISAFULLI⁸ se caracteriza por dos elementos:

- i) por una parte, una fuerza activa, esto es, la capacidad de innovar en el derecho objetivo, quedando subordinado sólo a las normas de rango constitucional, y de modificar o de derogar los actos preexistentes de valor jerárquico idéntico o inferior; y
- ii) por otra parte, una fuerza pasiva, esto es, la capacidad de resistir a la derogación o a la modificación por actos que no sean leyes formales o por actos dotados con la misma fuerza.

La segunda explicación previa se refiere al concepto de ejecutivo. Por razones de simplificación, se atenderá únicamente a los actos legislativos del ejecutivo nacional. Con todo, tanto en los Estados federales como en los Estados regionales, hay, junto a las leyes del Estado central, leyes de los Estados federados o de las regiones y, por lo tanto, no es inconcebible que los Gobiernos federados o regionales dispongan, por analogía con lo que pasa a nivel central, de la posibilidad de dictar, en algunas circunstancias, actos legislativos. No obstante, la situación es variable de país a país. Por ejemplo, en Italia, el Tribunal constitucional consideró que los artículos 76 y 77 de la Constitución, consagrados a los actos legislativos del ejecutivo, sólo contemplaban al ejecutivo nacional y que, en la medida en que ninguna otra disposición constitucional preveía la posibilidad para los ejecutivos regionales de decretar

actos legislativos, estos últimos debían darse por inconstitucionales⁹. En cambio, en España¹⁰, si bien igualmente se ha considerado que los artículos 82 y siguientes de la Constitución sólo contemplan los actos legislativos del ejecutivo nacional, se ha admitido que las leyes orgánicas que aprueban un estatuto de autonomía (y sólo ellas) puedan prever la posibilidad para los ejecutivos de las Comunidades autónomas de aprobar actos legislativos. En la práctica, los estatutos de autonomía de varias Comunidades autónomas han previsto la posibilidad para los Gobiernos regionales de adoptar actos legislativos, mediante delegación previa del Parlamento regional, por analogía con las disposiciones de los artículos 82 y siguientes de la Constitución. En cambio, ningún estatuto de autonomía ha previsto la posibilidad para los Gobiernos regionales de adoptar actos legislativos, sin autorización previa del Parlamento regional en caso de necesidad extraordinaria y urgente, por analogía con el artículo 86 de la Constitución. Por lo tanto, la ausencia de disposición expresa del estatuto debe considerarse como un impedimento para dictar tales actos, los que no podrían estar basados en una simple ley de la Comunidad autónoma sino solamente en el estatuto de la Comunidad.

Así precisados los términos del tema, es posible entrar en el detalle de los actos legislativos del ejecutivo, en el sentido que acaba de darse a estas expresiones, intentando elaborar una tipología de los distintos actos existentes en derecho constitucional positivo. La tarea no es fácil por su enorme variedad. Parece posible sin embargo definir tres amplias categorías de

8 V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, 2, Cedam, Padua, 1984, p. 350, citado por M. BAUDREZ, *Les actes législatifs del gouvernement en Italie - Contribution à l'étude de la loi en Droit Constitutionnel italien*, Economica y PUAM, 1994, p. 17.

9 M. BAUDREZ (n. 8), p. 78.

10 I. LASAGABASTER HERRARTE, "Consideraciones en torno a la figura de los decretos leyes y decretos legislativos en el ámbito autonómico", *Revista Vasca de Administracion Pública* 1982, p. 97; E. COBREROS MENDAZONA, "Los decretos-leyes en el ordenamiento de la Comunidad autónoma vasca", *Revista Vasca de Administracion Pública* 1983, p. 293.

actos de este tipo¹¹. La primera, extremadamente difundida es la de los actos adoptados a partir de delegación previa del legislador. El segundo, algo menos corriente, es la de los actos adoptados sin delegación previa del legislador, en caso de urgencia. El tercero, muy excepcional, es el de los actos adoptados sin delegación previa del legislador y en ausencia de urgencia.

I. LOS ACTOS ADOPTADOS A PARTIR DE DELEGACIÓN PREVIA DEL LEGISLADOR

En esta primera hipótesis, el ejecutivo sólo podrá dictar un acto legislativo si, previamente, el legislador lo ha autorizado, delegándole su competencia. Queda por precisar lo que debe entenderse por legislador. No puede tratarse del legislador gubernamental. Puede a veces tratarse del legislador refrendario (esto es, del referéndum). Se trata casi siempre del legislador parlamentario.

i) LEGISLADOR GUBERNAMENTAL

Está claro que, en un Estado democrático y a diferencia de lo que pudo pasar en algunos Estados autoritarios, no puede haber delegación procedente de un acto del ejecutivo que tiene fuerza de ley. Esta prohibición fi-

gura *in terminis* en derecho italiano, puesto que el artículo 15 de la Ley N° 400 de 23 de agosto de 1988¹² prohíbe al Gobierno aprobar una delegación legislativa, en el sentido del artículo 76 de la Constitución, dictando un decreto-ley fundado en el artículo 77 de la Constitución, es decir, sin habilitación previa del Parlamento en un caso extraordinario de necesidad y urgencia. Pero, incluso en el silencio de los textos, este tipo de autodelegación debe considerarse prohibida.

ii) LEGISLADOR REFRENDARIO

En el caso, por lo demás poco frecuente en derecho comparado, dónde la Constitución prevé la posibilidad de leyes adoptadas, no solamente por el Parlamento, sino también por el pueblo por medio de un referéndum, es posible que una ley refrendaria habilite al ejecutivo a decretar actos legislativos. El ejemplo típico sobre este punto es francés. Se trata de la ley de 13 de abril de 1962 relativa a la aprobación de los acuerdos de Evian, adoptado en el referéndum de 8 de abril de 1962, y cuyo artículo 2 autorizaba al Presidente de la República a detener, vía resoluciones, toda medida legislativa relativa a la aplicación de dichos acuerdos.

No es seguro que una delegación refrendaria sea constitucional: dado que un artículo de la Constitución, el artículo 38, previene

11 Si dejamos de lado una serie de casos particulares, como aquellos relativos a la instauración de las instituciones o el derecho presupuestario. Tratándose de los primeros, cabe recordar que el antiguo artículo 92 de la Constitución Francesa de 1958 (derogado por la ley constitucional N° 95-880 del 4 agosto 1995) disponía que "las medidas legislativas necesarias para la puesta en marcha de instituciones, y hasta esta puesta en marcha, para el funcionamiento de los poderes públicos, serán acordadas en consejo de ministros, previo acuerdo del Consejo de Estado, por resoluciones con fuerza de ley". Asimismo, medidas que el Gobierno juzgaría "necesarias para la vida de la nación, para la protección de los ciudadanos o para la protección de las libertades". Tratándose del derecho presupuestario, se debe recordar que puede suceder que la Constitución autorice al Gobierno a intervenir cuando el Parlamento no está en condiciones de adoptar la ley de finanzas en los plazos prescritos, por ejemplo poniendo en vigor la ley de finanzas por resolución (artículo 47, tercer párrafo, de la Constitución francesa) o prorrogando por decreto la ley de finanzas del año anterior (artículo 79-5 de la Constitución Helénica), resolución o decreto que son realmente actos legislativos del ejecutivo.

12 Sobre esta ley relativa a la actividad gubernamental y la organización de la presidencia del Consejo, ver. J.-C. ESCARRAS, "Deuxaggiornamenti des institutions italiennes", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1990, p. 409.

expresamente la existencia de delegaciones legislativas sobre habilitación parlamentaria y define el régimen con un cierto detalle; y, dado que, al contrario, ningún artículo de la Constitución menciona las habilitaciones refrendarias, ¿no se puede deducir que sólo las primeras son constitucionales? La negativa del juez constitucional a controlar la constitucionalidad de las leyes refrendarias deja la cuestión en suspenso.

En cambio, el Consejo de Estado ha aceptado controlar las resoluciones tomadas sobre el fundamento de una habilitación refrendaria. En efecto, a partir de un recurso en contra de una de ellas, afirmó que resultaba de los mismos términos de la ley refrendaria “que este texto tuvo por objeto, no el habilitar al Presidente de la República para ejercer el poder legislativo él mismo, sino solamente autorizarle a utilizar excepcionalmente, en el marco y dentro de los límites que se precisan allí, su poder reglamentario para tomar, por resoluciones, medidas que están incluidas normalmente en el ámbito de la ley; se desprende de allí que de la resolución atacada (...) conserva el carácter de un acto administrativo y puede, como tal, someterse al Consejo de Estado por medio del recurso por abuso de poder”¹³. Tal análisis presenta la ventaja de permitir un control de la resolución: si el Consejo de Estado hubiese concluido su naturaleza de acto legislativo, habría escapado no sólo a su control sino también al del Consejo constitucional puesto

que este último sólo controla las leyes parlamentarias y no todos los actos de fuerza legislativa; ahora bien, en este caso concreto, la vida de un hombre estaba en juego¹⁴. En cambio, puede no ser tan convincente en cuanto al fondo, aunque el acto en causa crea una nueva jurisdicción que constituye, por sí sola, un orden de jurisdicción en el sentido de las disposiciones del artículo 34 de la Constitución, esto es, un acto de fuerza legislativa en el sentido que este término tiene en derecho comparado.

En cualquier caso, este tipo de delegación basado en una ley refrendaria es suficientemente excepcional para no atraer mucho más tiempo la atención, a diferencia de las delegaciones basadas en una ley parlamentaria.

III) LEGISLADOR PARLAMENTARIO

La posibilidad para una ley del Parlamento de habilitar al Gobierno a actuar, en cambio, se admite prácticamente en todos los órdenes constitucionales¹⁵.

A veces eso se hizo sin dificultades. Tal es el caso de Italia donde, utilizada a partir de la segunda mitad del siglo XIX, parece no haber producido objeciones importantes. Tal es igualmente el caso en España: utilizada a partir de 1845, desarrollándose bajo la Restauración, prevista por primera vez expresamente por la Constitución republicana de 1931, sistemáticamente utilizada bajo el régimen del General Franco¹⁶, ella aparece ante el constituyente

13 Consejo de Estado Francés, 19 octubre 1962, *Canal, Robin et Godot, Rec. CE*, p. 552; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13ª ed., 2001, p. 582 y la referencias citadas.

14 Como es sabido, la resolución atacada creaba un “Tribunal militar de justicia” encargado de juzgar a los autores de algunas infracciones cometidas en relación con los acontecimientos de Argelia. Ahora bien, este Tribunal había condenado a muerte a uno de los autores del recurso (un tal Canal), y, según alguna información, su ejecución estaba prevista para el 20 de octubre. El Consejo de Estado dicta sentencia el 19 y, después de haberse declarado competente para controlar la resolución, cancela la resolución por violación de los principios generales del derecho penal.

15 Ver por ejemplo, en Europa, el dossier “Ordonnances et législation déléguée à l'étranger” publicada por la *Revue Française de Droit Administratif* 1987, p. 723, también el dossier “Légiférer par décret - Aspects de Droit Comparé”, publicada por la *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 675.

16 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970.

de 1978 como una institución secular, respecto de la cual no tiene ninguna reticencia para reformarla a su turno.

En cambio, las delegaciones legislativas no han dejado de ser severamente criticadas en otros países y, en particular, en Francia donde, a partir del final del siglo XIX, ESMEIN, seguido por BERTHÉLÉMY, CARRÉ DE MALBERG, DUGUIT y JÉZE, se pronuncian firmemente contra la técnica: su posición es que el Parlamento no es el titular del poder legislativo; él simplemente está encargado de aplicarlo en nombre de la Nación; en consecuencia, no puede conferir el ejer-

cicio a otro órgano del Estado¹⁷. Pero, como sabemos, estas críticas no impidieron la multiplicación, bajo la IIIª República, luego bajo la IVª, de leyes autorizando al ejecutivo a adoptar medidas que son normalmente competencia del Parlamento, a tal punto que la Constitución de 1958 terminó por constitucionalizar la práctica anterior en su artículo 38¹⁸.

Es esta técnica de aplicación casi general que quisiera estudiar centrando especialmente la atención en los ordenamientos jurídicos español¹⁹, italiano²⁰, francés²¹ y portugués²². Para ello, el planteamiento más simple

17 A. ESMEIN, "De la délégation del pouvoir législatif", *Revue Politique et Parlementaire* 1894, I, p. 200.

18 Pese a la fórmula contenida en el artículo 13 de la Constitución de 1946, según la cual "La Asamblea de la República vota la ley. No puede delegar este derecho". V. J. SOUBEYROL, *Les décrets-lois sous la IVème République*, Tesis Bordeaux 1955.

19 Hay pocas publicaciones en francés sobre el régimen de delegaciones legislativas en España: P. BON, "Les délégations législatives en Droit Comparé franco-espagnol", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 463 (del cual nos permitiremos retomar algunos desarrollos); M. CARRO y J. MESTRE, "Espagne: la délégation législative", *Revue Française de Droit Administratif* 1987, p. 725; L. M. DIEZ-PICAZO, "Actes législatifs del gouvernement et rapport entre les pouvoirs: l'expérience espagnole", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 725. En Cambio, la bibliografía en español es considerable. Ver, por ejemplo, E. ANGULO RODRÍGUEZ, "Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978", *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 181; T. DE LA QUADRA-SALCEDO, "La delegación legislativa en la Constitución", *Homenaje al profesor E. García de Enterría*, Civitas, 1991, tomo I, p. 327; C. J. ESTRENA PALOMERO, "La Constitución española y el control de la legislación delegada", *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. I, precitado, p. 683; E. ESPIN TEMPLADO, "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución española", *Revista de las Cortes Generales* Nº 6, 1985, p. 167; I. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "El control jurisdiccional de los decretos legislativos", *Poder Judicial*, diciembre 1991, Nº 24, p. 21; T. FREIXES SANJUAN, "La legislación delegada", *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 28, 1990, p. 119; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, "Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos", *Homenaje al profesor E. García de Enterría*, precitado, tomo I, p. 407; J. JIMÉNEZ CAMPO, "El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos", *Revista de Derecho Político* Nº 10, 1981, p. 182; E. RECORDER DE CASSO, "La legislación delegada", *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. III, precitado, p. 1667; L. Villacorta Mancebo, *Centralidad parlamentaria, delegación legislativa y posibilidades de control*, Dykinson, 1999; J. L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑÉ LLINÁS, artículos 82 a 85, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, Cortes generales et Editoriales de derecho reunidas, 1998, tome VII, p. 83; E. VIRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, 1991.

20 Ver, en francés, M. BAUDREZ, *Les actes législatifs del gouvernement en Italie*, precitado, y la bibliografía citada; L. PALADIN, "Actes législatifs del gouvernement et rapports entre les pouvoirs: l'expérience italienne", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 693; A. PIZZORUSSO, "Actes législatifs du gouvernement et rapports entre les pouvoirs: aspects de droit comparé", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 677.

21 Ver especialmente, en francés, C. BOYER-MÉRENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution del 4 octobre 1958*, Economica y PUAM, 1996, y la bibliografía citada. Adde, L. FAVOREU, "Le pouvoir normatif primaire del gouvernement en droit français", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 713; Y. GAUDEMET, "Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée", *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617; C. MÉRENTIER, "Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution: une place ambiguë dans la hiérarchie des normes", *Revue Française de Droit Administratif* 1998, p. 924.

22 Ver, en francés, F. CRUZ, *L'acte législatif en droit franco-portugais*, tesis Pau 2001, y la bibliografía citada y especialmente A. VITORINO, *Introdução ao estudo das autorizações legislativas*, Lisboa, 1985; M. L. AMARAL, "Autorizações legislativas", *Verbo*, XXI, p. 143; J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, Coimbra editora, 1997, p. 303.

consiste en estudiar sucesivamente las cuestiones vinculadas a la ley de delegación y aquellas vinculadas al acto adoptado sobre delegación. Se verá entonces que, si bien las respuestas aportadas a las primeras son bastante similares en cualquiera de los ordenamientos jurídicos considerados; las respuestas establecidas a las segundas son más divergentes.

A. LA LEY DE DELEGACIÓN

Varias cuestiones, de distinta importancia, pueden mencionarse: el autor de la delegación; el beneficiario de la delegación; la forma de la delegación; el ámbito de la delegación; la declaración de la delegación; la protección de la delegación; la modificación de la delegación.

1. Autor de la delegación

Se trata, en este caso, de una ley del Parlamento.

En la mayoría de los países, esta ley puede proceder indiferentemente, o de un proyecto de ley de iniciativa del Gobierno, o de una moción de ley de iniciativa de uno o más parlamentarios; aunque es el primer caso el más frecuente en la práctica. No asimismo en Francia donde la delegación no puede resultar más que de un proyecto de ley de iniciativa del gobierno, puesto que el artículo 38 de la Constitución de 1958 comienza por la fórmula: *“el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, pedir al Parlamento la autorización para tomar medidas que forman parte normalmente del ámbito de la ley”*.

En los algunos países (España, Italia) donde la Constitución atribuye el ejercicio del poder legislativo, no sólo a las cámaras reunidas en pleno, sino también a las comisiones parlamentarias, se plantea la interrogante si estas últimas disponen de la posibilidad de

adoptar una ley de delegación. La respuesta es claramente negativa en Italia. En efecto, el artículo 72 de la Constitución, después de haber habilitado en su párrafo 3 a los Reglamentos parlamentarios para precisar en qué casos y bajo qué formas el examen y la aprobación de los proyectos de ley podrán conferirse a las comisiones parlamentarias, precisa en su párrafo 4 que *“el procedimiento normal de examen y adopción directa por la cámara siempre se adopta para los proyectos de ley (...) implicando delegación legislativa”*. La situación del derecho español es parcialmente diferente. En efecto, no obstante que el artículo 75-2 de la Constitución de 1978 indica que *“las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley”*, por su parte, el artículo 75-3 excluye del ámbito de aplicación de este procedimiento las leyes de bases. Ahora bien, bajo el fundamento del artículo 82-2, cuando las Cortes generales autorizan al Gobierno a dictar actos que tienen fuerza de ley, ellas deben hacerlo por ley de bases cuando se trate de *“la formación de textos articulados”* y por ley ordinaria²³; cuando se trata *“de refundir varios textos legales en uno solo”*. Por lo tanto, en el primer caso (elaboración de textos articulados), la ley de delegación deberá siempre haber sido adoptada en pleno; mientras que, en el segundo (refundición de varios textos legales en uno solo), podrá adoptarse en comisión.

2. Beneficiario de la delegación

Aquí aún se trata en este caso del ejecutivo nacional y más concretamente del Gobierno central, es decir, del órgano colegial que reúne a todos los Ministros.

Se plantea la cuestión de saber si este último puede a su vez delegar su competencia. El artículo 82-3 de la Constitución española

23 Como veremos a continuación, habría sido más conveniente referirse a ley de modificación, pues la ley-marco es también una ley ordinaria.

se opone expresamente puesto que, *in fine*, dispone que “*la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno mismo tampoco podrá permitirse*”. Pero, incluso en el silencio del texto constitucional, la imposibilidad de toda subdelegación debe darse como implícita, no sólo por aplicación del principio general *delegata potestas delegare non potest*, sino también porque es inconcebible que el poder de hacer la ley sea transferido a un poder que no sea un poder al menos constitucional como lo es el Gobierno.

3. Forma de la delegación

La ley de delegación es una ley ordinaria a pesar de las dudas que pueden suscitar algunas disposiciones constitucionales confusamente redactadas. Así pues, el artículo 82-2 de la Constitución española, cuando distingue las dos formas de delegación habituales en Francia, dispone que “*la delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo*”. En la medida en que así se oponen las leyes de bases y las leyes ordinarias, nos podríamos preguntar si cuando la ley de delegación tiene por objeto autorizar al Gobierno a decretar nuevos textos, se refiere a una ley particular denominada ley de bases marco y distinta de las leyes ordinarias. Esta tesis debe obviamente descartarse: las leyes de bases son leyes ordinarias; la redacción del artículo 82-2 es confusa; en el segundo caso, dónde la delegación tiene por objeto permitir la refundición de varios textos legales, habría sido más conveniente referirse a ley de refundición que emplear el término de ley ordinaria, en la medida en que las dos cate-

gorías de leyes de delegación, de leyes de bases y las leyes de refundición, son leyes ordinarias sujetas a las mismas normas del procedimiento legislativo de derecho común²⁴.

Es lógico que la delegación sea explícita. En efecto, teniendo en cuenta los efectos que tiene y a las condiciones particulares a las cuales se somete, se puede encontrar normal que ella sea concedida expresamente al Gobierno. En algunos países, se trata además de una exigencia constitucional. Así pues, en España, el artículo 82-3 afirma en primer lugar que “*la delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa*”, y repite algunas líneas después, que “*no podrá entenderse concedida de modo implícito*”. En cambio, en otros países, delegaciones implícitas no son inconcebibles. Corresponde entonces al juez y en particular al juez constitucional, comprobar si corresponde o no a una delegación legislativa. Tal es en particular el caso en Italia, donde el Tribunal constitucional deduce la existencia o la ausencia de delegación “*sea del texto de la ley, o de la naturaleza del órgano al cual se confieren algunos poderes, o del contenido de estos últimos*”²⁵.

Tratándose del texto de la ley y habida cuenta de las frecuentes imprecisiones del vocabulario utilizado por el legislador, el Tribunal se esfuerza más en lograr descentrañar el espíritu que de seguirla al pie de la letra. Tratándose del órgano beneficiario de la delegación, si se trata del gobierno, podríamos hablar de una delegación legislativa, pero si se trata de otro órgano además del gubernamental en estricto sentido, por ejemplo, de un ministro, no se trata más que de una delegación de competencias administrativas. Tratándose finalmente del contenido de los poderes asignados, si ellos permiten innovar con relación a las leyes preexistentes, son el índice de una de-

24 Excepto que, como ya se indicó, las leyes-marco no pueden adoptarse en comisión sino solamente en pleno, cuyo no es el caso de las leyes de refundición.

25 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 20 de 1960, citada por M. BAUDREZ (n. 8), p. 60.

legación legislativa; si, al contrario, permiten la simple ejecución material de una disposición legal, se trata de simple competencia reglamentaria.

4. Ámbito de la delegación

Se trata, sin ninguna duda, de una cuestión particularmente importante. En primer lugar, algunas materias pueden estar prohibidas a la delegación. A continuación, las materias delegadas deben, en todo caso, ser definidas de manera especialmente precisa.

a) Algunas materias pueden estar prohibidas a la delegación

Dado que la competencia legislativa del Gobierno es en sí misma una competencia excepcional y, podría decirse, anormal, no es ilógico que algunas materias legislativas especialmente importantes estén sustraídas de la competencia del legislador gubernamental. Así, cuando la Constitución distingue, al lado de las materias dejadas a la competencia del legislador ordinario, existen materias reservadas a la competencia del legislador orgánico; como en el caso de España, de Francia y desde 1989 de Portugal, en que las materias de la competencia orgánica del legislador no pueden ser objeto de una delegación legislativa al Gobierno.

La regla está establecida claramente en la Constitución española. Después de que el artículo 81 de la Ley fundamental define el ámbito y el procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas, el artículo 82-1 prosigue que “*las Cortes generales podrán delegar en el Gobierno la facultad de dictar normas con rango*

de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”.

Al contrario, en Francia no se encuentra ninguna prohibición deliberada en la Constitución. El primer párrafo del artículo 38 se limita a precisar que el Parlamento puede habilitar al Gobierno a adoptar “*medidas que forman parte normalmente del ámbito de la ley*”. No se excluye pues *a priori* del ámbito de la habilitación las materias reservadas por la Constitución a la ley orgánica en la medida en que el ámbito de la ley es también el ámbito tanto de la ley orgánica como de la ley ordinaria. No obstante, a partir de un recurso contra una ley de habilitación, el juez constitucional afirmó que esta ley “*no desconoce las disposiciones de la Constitución relativas a las leyes orgánicas en cuanto el texto sujeto al examen del Consejo constitucional no permite en ningún caso la intervención de resoluciones en materias que la Constitución reserva a tales leyes*”²⁶. Es necesario pues deducir que *a contrario* si una ley de habilitación se refería a materias reservadas por la Constitución a la ley orgánica, habría una inconstitucionalidad. Tal solución se justifica por el hecho que las garantías particulares previstas por la Constitución en materia de ley orgánica, habida cuenta de la importancia de las materias en cuestión –en particular, control obligatorio del Consejo constitucional y derecho de veto del Senado sobre las leyes orgánicas que le conciernen– desaparecería en caso de utilización del artículo 38 de la Constitución²⁷.

Por último, en Portugal, la prohibición de delegar al Gobierno las materias que dependen de la reserva de ley orgánica se deriva de la Constitución, pero la ley fundamental no se limita a esta prohibición. En efecto, los artícu-

26 Consejo Constitucional Francés, decisión N° 81-134 DC del 5 enero 1982, *Rec. Cons. const.*, p. 15; referencias en L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions del Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2001, 11ª ed., p. 928.

27 Ver en este sentido, L. FAVOREU y L. PHILIP, *op. cit.*, p. 664; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel - principes directeurs*, STH, 1988, p. 118.

los 164 y 165 de la Constitución enumeran respectivamente las materias legislativas protegidas por una reserva absoluta de competencia legislativa y las materias protegidas por una reserva solamente relativa. Las materias protegidas por una reserva absoluta son competencia exclusiva de la Asamblea de la República, lo que quiere decir que este último no puede entonces delegar su competencia; ellas son 21. Con arreglo al artículo 166, algunas de ellas son protegidas también por una reserva de ley orgánica²⁸, pero no todas. En cambio, tratándose de las materias protegidas por una reserva relativa de competencia legislativa, son también ciertamente competencia de la Asamblea de la República, pero esta última puede autorizar al Gobierno a regularlas. En otros términos, en Portugal, las materias no susceptibles de delegación son todas las materias que dependen de la reserva absoluta de competencia legislativa, sea que ellos constituyan paralelamente o no una reserva de ley orgánica.

- b) Las materias delegadas deben ser definidas de manera especialmente precisa

No se trata que el Parlamento conceda al Gobierno un cheque en blanco. Al contrario, las materias delegadas deben definirse de manera especialmente precisa.

Así pues, en Italia, “*el ejercicio de la función legislativa sólo puede delegarse al Gobierno si los principios y criterios directores son establecidos y solamente (...) para objetos definidos*” (artículo 76 de la Constitución). Como lo remarca M. BAUDREZ²⁹, el Tribunal constitucional nunca ha diferenciado realmente los principios y los criterios y los ha entendido en el sentido amplio de finalidades. Sin embargo, el tribunal

siempre ha comprobado que ellos vengán determinados por la ley de delegación y que el poder delegado se haya ejercido de acuerdo con las finalidades así precisadas. En cuanto a la referencia a los “objetos definidos”, prohíbe toda delegación general que no implique una determinación clara e inequívoca del cuadro material de la delegación.

En España, la delegación no se puede referir, según las dos fórmulas empleadas por la Constitución, sino a “materias determinadas” (artículo 82-1) o a una “materia concreta” (artículo 82-3). Ciertamente, estas dos fórmulas no son completamente intercambiables, no sólo porque la primera está en plural y la segunda en singular sino que muestran bien la preocupación del constituyente por evitar las leyes de plenos poderes formuladas de manera muy general, y de no autorizar más que delegaciones referentes a uno o más sectores bien delimitados de la actividad legislativa. Por otra parte, cuando la delegación tiene por objeto habilitar al Gobierno a dictar nuevas disposiciones, ella debe determinar “*con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios han de seguirse en su ejercicio*” (artículo 82-4). La referencia a una determinación precisa del objeto y del alcance de la delegación desarrolla la exigencia general que acaba de mencionarse, según la cual la delegación debe referirse a una o más materias determinadas y concretas. La referencia a la definición de los principios y criterios que deben inspirar el ejercicio de la habilitación, y que proceden en línea directa del derecho italiano, van más lejos: implica que la ley de delegación no se limita a enumerar las materias que son objeto de la delegación; debe también colocar normas de fondo que se imponen al Gobierno cuando actúa en el marco de la delegación. Por

28 Materias reseñadas en párrafos a) a f), h), j), en la primera parte del párrafo l), y en párrafos q) y t) del artículo 164.

29 M. BAUDREZ (n. 8), p. 154.

último, cuando la delegación tiene por objeto habilitar al Gobierno a refundir en un único texto varios textos ya existentes, se precisa que la ley de delegación “determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar o armonizar los textos legales que han de ser refundidos” (art. 82-5).

En Portugal, “las leyes de autorización legislativa deben definir el objeto, el sentido y la amplitud (...) de la autorización” (artículo 165-2 de la Constitución). El Tribunal constitucional ha precisado cada uno de estos diferentes términos³⁰: El objeto enuncia “la materia a la cual se refiere la autorización”³¹, materia que, como ya se indicó, debe estar incluida en la reserva relativa de competencia legislativa y no de la reserva absoluta. La amplitud designa “la extensión de la autorización legislativa”³². El sentido, que es una adición efectuada en la revisión constitucional de 1982, tiene por objeto “proporcionar al Gobierno indicaciones claras y precisas que deben regir la producción de normas jurídicas delegadas en el futuro”³³.

El caso de Francia es a primera vista particular, teniendo en cuenta las disposiciones mucho más vagas del artículo 38 de la Constitución: se limita en efecto a autorizar al Gobierno a solicitar al Parlamento, “para la ejecución de su programa”, el derecho a adoptar

“medidas que forman parte normalmente del ámbito de la ley”. De lo que resultó que las primeras leyes de habilitación, tal como ocurría con la práctica de regímenes previos, “sólo incluían algunas indicaciones sobre las materias relativas a la delegación y se caracterizaban por la brevedad y la concisión elíptica de sus disposiciones”³⁴. Así pues, la primera ley de habilitación votada bajo la 5ª República, la Ley N° 60-101 de 4 de febrero de 1960, autorizaba al Gobierno a adoptar “las medidas incluidas normalmente en el ámbito de la ley y necesarias para garantizar el mantenimiento del orden, la protección del Estado, la pacificación y la administración de Argelia”. Un primer cambio se produce con la decisión dictada el 12 de enero de 1977 por el Consejo constitucional³⁵. Considera en efecto que, “en cuanto se refiere al primer párrafo del artículo 38 de la Constitución, que es para la ejecución de su programa que el Gobierno se quiere atribuir la posibilidad de legislar por la vía de decretos durante un plazo limitado, este texto debe entenderse como obligando al Gobierno a indicar con precisión al Parlamento, al momento de presentar un proyecto de ley de habilitación y para la justificación de la solicitud presentada por él, cuál es la finalidad de las medidas que se propone adoptar”. En consecuencia, el Consejo constitucional fue aún más lejos, puesto que afirmó que el primer párrafo del artículo 38, “debiera entenderse como obligando al Gobierno a indicar con precisión al Parla-

30 F. CRUZ (21), p. 509.

31 Ver, por ejemplo, Tribunal Constitutionnel portugués, sentencia 473/89 de 12 julio de 1989, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 14, p. 41.

32 Tribunal Constitucional Portugués, misma sentencia.

33 Ver, por ejemplo, Tribunal Constitutionnel portugués, sentencia 606/95 del 8 novembre 1995, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 32, p. 461.

34 L. FAVOREU, “Ordonnances ou règlements d’Administration Publique ? (La destinée singulière des ordonnances de l’article 38 de la Constitution)”, *Revue Française de Droit Administratif* 1987, p. 692.

35 Consejo Constitucional francés, decisión N° 76-72 DC del 12 enero 1977, *Rec. Cons. const.*, p. 31; referencias en L. FAVOREU y L. PHILIP (n. 26), p. 924.

mento cuál es la finalidad de las medidas que se propone adoptar y sus ámbitos de intervención³⁶, la referencia a la definición precisa de los ámbitos de intervención que son en efecto una adición con relación a la formulación de 1977. Por último, conviene señalar que, cuando se somete al Consejo constitucional la revisión de ley de habilitación, él puede sólo admitir su conformidad a la Constitución con “estrictas reservas de interpretación³⁷”, reservas de interpretación que el Gobierno deberá respetar en la aplicación de la habilitación parlamentaria puesto que el control de la constitucionalidad de las leyes en Francia es, a diferencia de lo que pasa en la mayoría de los países europeos, un control *a priori*. En otros términos, no sólo el Consejo constitucional exige de la ley de habilitación que indique con precisión la finalidad de las medidas que el Gobierno se propone adoptar y sus ámbitos de intervención, sino que él puede también añadir a las precisiones contenidas en la ley sus propias reservas de interpretación, que se imponen también al ejecutivo. Este último dispone pues de un margen de maniobra mucho más reducido que en el pasado, lo que, correlativamente, hace perder una buena parte de su interés por la técnica de las delegaciones legislativas.

5. Duración de la delegación

Así como el ámbito de la delegación no podría ser ilimitado, su duración no podría ser indefinida. La regla es de aplicación general. En España, el artículo 82-3 dispone que la ley de delegación debe determinar la duración de la habilitación y vuelve, algunas líneas más adelante, sobre el problema, precisando que la habilitación no se puede consentir por un

tiempo indeterminado. Lo mismo sucede en Portugal donde el artículo 165-2 de la Constitución hace referencia a una duración definida. En Italia así como en Francia, las cláusulas constitucionales son aparentemente más vinculantes puesto que el artículo 76 de la Constitución italiana se refiere a “duración limitada”, tal como ocurre con el artículo 38 de la Constitución francesa, que menciona un “plazo limitado”, pero, en caso de litigio sobre una duración supuestamente excesiva de la habilitación, no es fácil para la jurisdicción constitucional controlar las apreciaciones de los legisladores en la materia.

En cualquier caso, la afirmación según la cual la duración de la delegación debe definirse o limitarse no soluciona todos los problemas.

Podemos preguntarnos, por ejemplo, si esta duración puede prorrogarse. El artículo 165-2 de la Constitución portuguesa lo permite expresamente. En el silencio del texto constitucional, se admitió que el legislador delegante puede prorrogar el plazo de ejercicio de la delegación vencida, y ningún obstáculo de carácter constitucional le impide hacer valer retroactivamente una delegación llegada a término³⁸.

Podemos también preguntarnos si el uso por el gobierno de la delegación que se le ha conferido pone fin a esta delegación en el caso en que la duración de la habilitación aún no haya expirado. Tal es la solución del derecho español. En efecto, el artículo 82-3 de la Constitución de 1978 dispone que “la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente”. En otros términos, en cuanto el Gobierno actuó, la delegación finaliza; el Gobierno no puede, por ejemplo, modificar, en el plazo de habilitación, un acto que ya de-

36 Consejo Constitucional francés, decisión N° 86-207 DC del 25 y 26 junio 1986, *Rec. Cons. const.*, p. 61; F. FAVOREU y L. PHILIP, *ibídem*, p. 653 y las referencias citadas.

37 Ver por ejemplo la decisión precitada del Consejo Constitucional francés del 25 y 26 junio 1986.

38 M. BAUDREZ (n. 8), p. 159.

cretó. De la misma manera, en Portugal, el artículo 165-3 de la Constitución de 1976 dispone que “las autorizaciones legislativas no pueden utilizarse más que una vez, sin perjuicio de su ejecución fraccionada”. Tal prohibición no parece existir en otros sitios. Así, en Italia, aunque una fracción de la doctrina se haya declarado hostil a tal posibilidad, el Tribunal constitucional ha admitido que el Gobierno pueda modificar, o incluso derogar, un acto de fuerza legislativa anteriormente dictado, en ejecución de una misma ley de habilitación, puesto que eso quebranta contra los principios y criterios directores sentados por ella³⁹.

Podemos, también, preguntarnos si existen causas de caducidad de la delegación. La Constitución portuguesa (artículo 165-5) menciona tres, con mucho sentido común: la dimisión del Gobierno a quien se hubiere concedido; el final de la legislatura; y, la disolución de la Asamblea de la República que concedió la delegación.

6. Protección de la delegación

Una vez que el Parlamento ha habilitado al Gobierno a actuar en un ámbito preciso, se plantea si el mismo pierde toda capacidad de intervención o si puede también intervenir a pesar de la delegación dada al ejecutivo.

En ausencia de disposición constitucional expresa, la segunda posibilidad de la alternativa es la correcta: el Parlamento puede intervenir ya que la ley de delegación de la cual él mismo es el autor no le es oponible.

Sucede no obstante que, con un deseo de racionalización de la acción normativa, la Constitución concede al ejecutivo la posibilidad de oponerse.

Son conocidas las disposiciones del artículo 41 de la Constitución francesa según las cuales, “si todo indica durante el procedimiento legislativo que una propuesta o una enmienda (...) es contraria a una delegación concedida con arreglo al artículo 38, el Gobierno puede oponer la inadmisibilidad. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Asamblea interesada, el Consejo constitucional, a requerimiento de uno u otro, decidirá en el plazo de ocho días”. El medio así otorgado al Gobierno de proteger la delegación que le concedió el Parlamento contra tentativas de usurpación que emanaban de este último es de uso puramente facultativo. En consecuencia, en el caso en que el Gobierno no requiera la declaración de inadmisibilidad, la proposición de ley o enmienda parlamentaria es adoptada por las cámaras en un ámbito que estos últimos delegaron al Gobierno, no hay allí ninguna violación a la Constitución⁴⁰.

Encontramos normas del mismo tipo en el artículo 84 de la constitución española puesto que dispone que, “cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno estará facultado para oponerse a su tramitación”. No obstante, a diferencia del artículo 41 de la Constitución francesa, este artículo no prevé explícitamente una posibilidad de recursos ante el Tribunal constitucional contra la oposición del Gobierno. Parece, sin embargo, que si el Congreso de los diputados o el Senado considerara que la propuesta de ley o la enmienda no es en realidad contraria a ninguna delegación legislativa, se estará frente a un conflicto constitucional entre el Gobierno y la cámara, susceptible de ser sometido al Tribunal constitucional en el marco del procedimiento de con-

39 M. BAUDREZ (n. 8), pp. 170-171.

40 Consejo Constitucional francés, decisión N° 86-224 DC del 23 enero 1987, *Rec. Cons. const.*, p. 8; L. FAVOREU y L. PHILIP (n. 26), p. 698 y las referencias citadas.

flictos entre órganos constitucionales del Estado previsto por los artículos 59-3 y 73 a 75 de la ley orgánica relativa al tribunal constitucional.

En definitiva, si el Gobierno se opone justificadamente la inadmisibilidad, sólo hay una solución para permitir al Parlamento intervenir en el ámbito que es objeto de la delegación: que las cámaras deroguen la ley de delegación. Esta solución está prevista expresamente por el artículo 84 *in fine* de la Constitución española que dispone que, en el caso de oposición del Gobierno, “podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación”. Ella parece igualmente existir en el silencio de la Constitución francesa.

7. Modificación de la delegación

Se plantea finalmente la interrogante de saber quién puede modificar (o derogar) la ley de delegación.

Como se acaba de ver a propósito del problema de derogación, es evidente que el Parlamento, autor de la ley de delegación, tiene perfectamente el derecho a modificarla.

Más cuestionable es la intervención del Gobierno por un acto con fuerza de ley.

En primer lugar, un acto legislativo adoptado por el Gobierno fundamentado en la ley de habilitación, no podría modificar a esta última. La norma figura expresamente en el artículo 83 a) de la Constitución española según la cual las leyes de bases, que delegan al Gobierno la facultad de elaborar textos de ley articulados, no podrían nunca autorizar la modificación de la propia ley de bases. Pero,

incluso en ausencia de cláusula constitucional deliberada, la prohibición nos parece cierta: el acto adoptado bajo la habilitación del legislador no podría modificar la ley de habilitación puesto que es de ella que extrae su existencia y tiene la obligación de respetarla.

En segundo lugar, debería ser igual para actos legislativos que el ejecutivo puede tomar, sin habilitación previa del legislador, en caso de urgencia, actos que estudiaremos más adelante⁴¹ y que se encuentran esencialmente en España e Italia. Ahora bien, si, en España, no parece que tales actos hayan servido para modificar una ley de delegación, no es así en Italia, lo que no deja de suscitar interrogantes. Ciertamente, los actos legislativos parlamentarios y los actos legislativos gubernamentales adoptados en caso de urgencia son iguales si nos situamos en el terreno de la jerarquía de las normas. Pero, como lo nota M. BAUDREZ⁴², esta modificación de la ley de delegación por un acto del ejecutivo emitido en razón de la urgencia, por una parte, constituye una forma de auto delegación y, por otra parte, se reconcilia mal con la urgencia que, solamente, legitima la aprobación de tales actos puesto que, a continuación, la ley de delegación así modificada deberá inevitablemente ser aplicada por la aprobación por el ejecutivo de otros actos de fuerza legislativa. Con todo, el Tribunal constitucional italiano no dudó en afirmar que la ley de delegación no ocupa, en la jerarquía de las normas, una posición diferente de la de todas las demás leyes, de modo que puede ser modificada por un acto legislativo del ejecutivo tomado en caso de urgencia; bajo reserva, naturalmente, de la conversión posterior de este último en ley⁴³.

41 V. *infra* II.

42 “Chronique Italie”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2002.

43 Consejo Constitucional Italia, sentencia N° 364 de 1993.

B. EL ACTO ADOPTADO A PARTIR DE LA DELEGACIÓN

El acto adoptado a partir de la delegación tiene distintos nombres. En Italia y España, se califica como decreto legislativo⁴⁴. En Portugal, se habla de decreto ley⁴⁵. Era, también, el nombre tradicional francés que el artículo 38 de la Constitución de 1958 sustituyó por el término “ordenanza”.

Algunas características de estos actos no suscitan demasiados comentarios.

En primer lugar, su emisión puede ser precedida por la consulta a diversos organismos⁴⁶. Algunas de estas consultas son sistemáticas. Así, en Francia, el artículo 38 de la Constitución exige que las ordenanzas se tomen previo dictamen del Consejo de Estado que se ocupa de ser formación administrativa. Lo mismo sucede en España donde el artículo 21 de la ley orgánica 3/1980 de 22 de abril de 1980, relativa al Consejo de Estado, dispone que el Consejo de Estado reunido en Pleno debe ser consultado sobre todos los proyectos de decretos legislativos. Otras consultas son, al contrario, ocasionales. Es el caso de las consultas *ad hoc* previstas por las leyes de delegación.

En segundo lugar, los actos adoptados por delegación legislativa se deliberan en Consejo de Ministros. La regla figura *in terminis* en el artículo 38 de la Constitución francesa que precisa que “las resoluciones se toman en Consejo de Ministros”. Figura también en el artículo 200-1 d) de la Constitución portuguesa. Además, puede resultar simplemente de

la ley, por ejemplo, en España del artículo 10-4 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de la Administración Central.

En tercer lugar, los actos adoptados a partir de delegación legislativa, son generalmente firmados por el Jefe del Estado. Aún aquí, la norma figura en el artículo 13 de la Constitución francesa pero la encontramos también en el artículo 87 de la Constitución italiana o en el artículo 62 f) de la Constitución española. Obviamente, considerando el hecho de que estos dos últimos regímenes sean regímenes parlamentarios puros, la intervención del jefe de Estado sobre este tema es formal. En cambio, se sabe que en Francia no es así y que en 1986 el Presidente de la República se negó a firmar tres resoluciones que le habían sido presentadas a tal efecto por el Gobierno. La doctrina se dividió sobre el punto de saber si tenía o no el derecho, sin que el Consejo constitucional pudiese dirimir el debate, puesto que en Francia no existe un procedimiento de resolución de conflictos constitucionales que le habría permitido intervenir⁴⁷. Portugal es una excepción a la regla según la cual el jefe del Estado firma los actos adoptados por delegación legislativa, donde son firmados por el Primer Ministro⁴⁸. No obstante, corresponde al jefe de Estado promulgarlos y ordenar la publicación, entendiéndose que, en aplicación del artículo 136-4 de la Constitución y habida cuenta de que Portugal es un régimen semipresidencial que presenta cierto número de puntos comunes con el régimen francés, tiene el derecho a oponerles su veto.

44 Ver artículo 85 de la Constitución española.

45 Ver artículo 112-2 de la Constitución portuguesa.

46 Sobre el problema puntual de la consulta a órganos parlamentarios, v., *infra* 2/, a), los desarrollos consagrados al control parlamentario.

47 El rechazo, por el jefe del Estado, a firmar una resolución que le presenta el Gobierno es, en efecto, constitutivo de un conflicto constitucional, en el sentido que este término tiene en derecho comparado de jurisdicciones constitucionales, entre el jefe de Estado y el Gobierno que, además, puede ser resuelto por el juez constitucional.

48 Artículo 201-3 de la Constitución portuguesa.

Si las tres características que acaban mencionarse —existencia de consultas previas, deliberación en Consejo de Ministros y firma por el jefe del Estado— no requieren comentarios particulares, no es así con otros tres problemas bastante más importantes y que están en gran medida vinculados los unos a los otros: la naturaleza jurídica del acto adoptado por delegación; el control parlamentario del acto adoptado por delegación y el control jurisdiccional del acto adoptado por delegación.

1. La naturaleza jurídica del acto adoptado por delegación

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los actos adoptados a partir de delegación, en la medida en que tienen fuerza legislativa en el sentido que se dio más arriba a esta expresión, son actos inmediatamente legislativos. No así en Francia donde son (y a veces incluso definitivamente) actos inicialmente administrativos.

a) La solución dominante: un acto legislativo a partir de su dictación

La solución es cierta tanto en derecho español como en derecho italiano o en derecho portugués.

En España, los decretos legislativos son según los términos del artículo 82 de la Constitución, “normas con rango de ley”. Se consideran como actos legislativos a partir de su dictación. Por ello, para el Tribunal constitucional⁴⁹, si las Cortes generales, como representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias ordinarias del poder legislativo, el Gobierno puede participar

en el ejercicio de este poder legislativo en caso de delegación otorgada de acuerdo a las condiciones previstas por la Constitución. Por su parte, el Tribunal supremo “asigna a los decretos legislativos la naturaleza y el rango de las leyes así como sus principales propiedades (carácter irresistible, rango jerárquico, fuerza abrogatoria)”⁵⁰.

Dos matices deben no obstante aportarse a este análisis. En primer lugar, hay, entre el poder legislativo parlamentario y el poder legislativo delegado una diferencia importante en relación a los límites particulares que pesan sobre el segundo en la medida en que debe respetar la ley de delegación. Como lo afirma el Tribunal constitucional⁵¹, “una disposición determinada, dado que emana directamente de las Cortes, no podría ser inconstitucional a partir del momento que ella se opone materialmente a la Constitución; y solo puede serlo si procede del Gobierno por medio de un decreto legislativo en el supuesto de que el Gobierno haya ejercido de manera irregular la delegación legislativa”. En otros términos, mientras que el poder ejercido por las Cortes sólo debe respetar las normas contenidas en la Constitución, el poder legislativo ejercido por el Gobierno debe, como lo impone la Constitución, respetar también las normas contenidas en la ley de delegación que, sin embargo, es una ley ordinaria. Segundo matiz, la calidad de acto legislativo sólo se reconoce al acto adoptado a partir de delegación siempre que respete la ley de delegación. En el supuesto de que lo desconozca, ya no se está frente al ejercicio de un poder legislativo sino a una simple actividad de la administración.

En Italia, el primer párrafo del artículo 77 de la Constitución califica los decretos le-

49 Tribunal Constitucional español, sentencia 51/1982 de 19 de julio de 1982, *Jurisprudencia Constitucional*, vol. IV, p. 109.

50 J. A. SANTAMARÍA PASTOR Y L. PAREJO ALFONSO (bajo la dirección de), *Derecho Administrativo-la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Areces, p. 44.

51 Tribunal Constitucional español, misma sentencia.

gislativos de decretos con valor de ley ordinaria. No obstante, como en España, un matiz se impone en la medida en que el acto adoptado por delegación, aunque teniendo el mismo valor que la ley ordinaria, debe respetar la ley de delegación que es una ley también ordinaria.

Como lo destaca el Tribunal constitucional⁵², la ley de delegación es una ley-enlace, una ley que se podría calificar de ley-martingala (*legge interposta*), dado que vincula el decreto legislativo a la norma constitucional condicionando el alcance de la actividad gubernamental de modo que la constitucionalidad de la ley delegada está subordinada a su conformidad con la ley de delegación. En cambio, y a diferencia del análisis que se hace en España, en el supuesto de que el acto adoptado por delegación no respete la ley de delegación, él no retrocede al rango de simple acto administrativo⁵³, como lo estimaba una parte de la doctrina; queda como un acto legislativo aunque sea irregular.

Por último, en Portugal, y sin entrar más en los plazos, el decreto ley es considerado por el artículo 112-1 de la Constitución como un acto legislativo en el mismo concepto que la ley parlamentaria (siempre con esta particularidad de que debe respetar la ley de delegación; y que tiene, por otra parte, la obligación de contemplar la aplicación del artículo 198-3 de la Constitución).

- b) La excepción francesa: un acto administrativo mientras no se ratifique por el Parlamento

La naturaleza jurídica de las ordenanzas (*ordonnances*) francesas se presenta en términos sensiblemente diferentes.

Mientras el Parlamento no ratifique la *ordonnance*, se considera como un acto administrativo. La solución era tradicional en las Repúblicas anteriores y justificada por el análisis final hecho entonces de las leyes de habilitación que se consideraban más como leyes de deslegalización que como leyes de delegación. Fue mantenida por el Consejo de Estado bajo el imperio de la Constitución de 1958⁵⁴ al mismo tiempo que la nueva Constitución condenaba la tesis de deslegalización y podía interpretarse como que consagraba la de la delegación, según los términos utilizados en el artículo 41. Sin embargo fue confirmada por el Consejo constitucional que sucesivamente afirmó que las resoluciones no ratificadas eran “actos de forma reglamentaria”⁵⁵; luego, textos “de valor reglamentario”⁵⁶.

Este análisis genera algunas contradicciones: por ejemplo, dado que las resoluciones son actos administrativos, deben respetar, además de la Constitución, los Tratados internacionales y la ley de habilitación, los principios generales del derecho⁵⁷, cuyo valor supra-de-

52 Corte Constitucional italiana, sentencia Nº 3 de 1957, citada por M. BAUDREZ (n. 8), p. 151.

53 Ver, por ejemplo, G. AZZARITI, “Le controversie sulla legittimità costituzionale dei decreti legislativi”, *Foro Italiano*, 152, parte IV, p. 33.

54 Consejo de Estado francés, 3 noviembre 1961, *Damiani*, *Rec. CE*, p. 607; 24 noviembre 1961, *Fédération Nationale des Syndicats de Police de France et d’outre-mer*, *Rec. CE*, p. 658; *Dalloz* 1962, p. 424, nota M. FROMONT; *Sirey* 1963, p. 59, nota L. HAMON; *Actualité juridique Droit Administratif* 1962, p. 114, nota J. T; 17 diciembre 1969, *Conseil National de l’Ordre des Pharmaciens*, *Rec. CE*, p. 584.

55 Consejo Constitucional francés, decisión Nº 72-73 L del 29 febrero 1972, *Rec. Cons. const.*, p. 31; referencias en: L. FAVOREU y L. PHILIP (n. 26), p. 960.

56 Consejo Constitucional francés, decisión Nº 86-224 DC de 23 de enero 1987, *precitada*.

57 Consejo de Estado francés, 24 noviembre 1961, *Fédération Nationale des Syndicats de Police de France et d’outre-mer*, *precitado*.

cretal e infra-legislativo es generalmente admitido; en cambio, puesto que ellos tienen fuerza legislativa, pueden irrumpir sobre el ámbito reservado a la ley, pueden modificar leyes previas y, una vez expirado el plazo de habilitación, no pueden ser modificadas sino por otra ley en aquellas de sus disposiciones que están incluidas en el ámbito de la ley⁵⁸. Como lo recuerda L. FAVOREU⁵⁹, es lo que explica que algunos autores— y no menores, puesto que se trata de WALINE⁶⁰— hayan sostenido que era necesario ver en las resoluciones actos legislativos, análisis que se impone si se considera que el artículo 38 de la Constitución instituye un mecanismo de delegación, puesto que el acto adoptado por el delegado a partir de la habilitación del delegante se presume emanado de este último. Pero el juez no aceptó nunca esta tesis, que se habría acercado a las resoluciones francesas a los decretos legislativos españoles o italianos o a los decretos leyes portugueses. Ella habría tenido en efecto el inconveniente principal de privar a las resoluciones no ratificadas de la posibilidad de todo control jurisdiccional: actos legislativos, habrían escapado a la competencia del juez administrativo sin por ello entrar en la del Consejo constitucional que, a diferencia por ejemplo del Tribunal constitucional italiano o del Tribunal constitucional español, sólo es competente respecto a las leyes parlamentarias y no de todo acto de forma o fuerza legislativa. En otros términos, la lógica

del Estado de Derecho permite admitir que las resoluciones no ratificadas sean consideradas como actos administrativos, puesto que con ello son entonces susceptibles de control⁶¹ mientras que la lógica de la teoría de derecho impondría considerarlos como actos legislativos.

Si bien nos interesa ahora la resolución ratificada, sea tanto expresa como implícitamente, no hay dudas posibles: adquiere valor legislativo y además retroactivamente⁶².

2. El control parlamentario del acto adoptado por delegación

En la medida en que el Parlamento, por la ley de delegación, delega una fracción de su competencia al Gobierno, puede considerarse que controla él mismo, junto al juez, la manera en que el Gobierno aplica la delegación. Este control puede ejercerse, ya sea *a priori*, o ya sea *a posteriori*.

a) El control parlamentario a priori

Es, ciertamente, la experiencia italiana la más antigua y la más rica sobre este tema⁶³. En primer lugar, numerosas leyes de delegación impusieron al Gobierno, antes de dictar un decreto legislativo, consultas a las comisiones parlamentarias competentes por la materia tratada. El Tribunal constitucional nada tiene

58 En cambio, aquellas de sus disposiciones que están incluidas en el ámbito reglamentario, pueden ser modificadas por decreto puesto que han sido tomadas en Consejo de Estado y han sido deliberadas en Consejo de Ministros: Consejo de Estado francés 30 de junio de 2003, *Fédération Régionale ovine del sud-est et autres*, *Revue Française de Droit Administratif* 2003, p. 830.

59 L. FAVOREU (n. 33), p. 687.

60 M. WALINE, *Traité de Droit Administratif*, 8ª ed. (puesta al día al 15 julio 1959), p. 9.

61 Se ha subrayado, no obstante que, en la práctica, este control no tendría sino un escaso alcance habida cuenta del número muy limitado de recursos intentados (L. FAVOREU, n 32 p. 689), pero esta afirmación, perfectamente exacta en la época, lo es menos hoy.

62 Consejo de Estado francés 19 diciembre 1969, *Dame Piard*, *Rec. CE*, p. 593.

63 Sobre esta experiencia, ver, en francés, M. BAUDREZ, op. cit., pp. 174 y ss., a quien pido prestada la evolución que sigue. V. también A. PREDIERI, *Il parlamento nel sistema politico italiano*, Milan, 1975, p. 81; M. Siclari, "Il parlamento nel procedimento legislativo delegato", *Guirispudenza Costituzionale* N° 4, p. 804.

que decir, considerando que el artículo 76 de la Constitución establecía solamente límites mínimos a la delegación y no regulaba por otra parte la fase previa a la aprobación de un decreto legislativo⁶⁴. Precisó simplemente que “el dictamen de la comisión parlamentaria, destinada a intervenir en el procedimiento de aplicación de la ley de delegación, no solamente no vincula al Gobierno”⁶⁵, sino que no podrá tampoco “expresar interpretaciones auténticas de las leyes de delegación”⁶⁶. En segundo lugar, el párrafo 4 del artículo 14 de la ley antes citada N° 400 de 1988, dispone que “el Gobierno puede, cuando el plazo previsto para el ejercicio de la delegación excede los dos años, pedir el dictamen de las cámaras sobre los planes de los decretos delegados. “El dictamen debe ser emitido por las comisiones permanentes de las dos cámaras competentes sobre este tema dentro de sesenta días, y debe indicar de manera específica las disposiciones eventualmente consideradas como no correspondientes a las directivas de la ley de delegación. El Gobierno, en los treinta días que siguen, tras examen del dictamen, retransmite de nuevo los textos a las comisiones, con sus observaciones y posibles modificaciones, para un dictamen definitivo que debe expresarse en treinta días”.

La experiencia italiana es además evidentemente transportable. Así pues, tratándose de España, donde el artículo 82-6 de la Constitución dispone por otra parte que “las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”, añadiéndose al

control jurisdiccional. Si bien la práctica no parece abundante sobre este tema, la doctrina admite que la ley de delegación pueda prever que los decretos legislativos no pueden ser aprobados sino previa consulta a una comisión parlamentaria, bajo condición de que se trate de un simple dictamen que no vincula al ejecutivo⁶⁷. De la misma manera, en Francia, si C. BOYER-MÉRENTIER⁶⁸ recuerda que la Ley N° 62-933 de 8 de agosto de 1962 autoriza al Gobierno a adoptar medidas que dependían normalmente del ámbito de la ley, “previa consulta a las comisiones competentes de las asambleas”, observa que el resultado del dictamen o la consulta no puede vincular al gobierno so pena de contravenir el art. 38 de la Constitución.

b) El control parlamentario a posteriori

El gran problema que se plantea a este nivel consiste en saber si este control parlamentario del acto adoptado a partir de una delegación puede tener la forma de una ratificación (o de una homologación).

En principio, la respuesta es negativa. La idea misma de delegación implica en efecto, de acuerdo con el pensamiento de DUGUIT⁶⁹, una ratificación anticipada, un consentimiento anticipado. Cabe ratificación (o u homologación) sólo cuando el Parlamento no delega su competencia, lo que es efectivamente el caso, como se verá más adelante⁷⁰, de los actos adoptados sin delegación previa en caso urgente. A

64 Corte Constitucional italiana, sentencias N° 38 de 1964 y N° 27 de 1970.

65 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 78 de 1957. Van por otra parte obviamente algunos otros dictámenes que pueden estar previstos, por ejemplo dictamen de tal comisión administrativa especializada.

66 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 173 de 1981.

67 V. J. JIMÉNEZ CAMPO (n. 18), p. 102.

68 C. BOYER-MÉRENTIER (n. 20), p. 115.

69 L. DUGUIT, “Des règlements faits en vertu d’une compétence donnée au gouvernement par le législateur”, *Revue del Droit Public* 1924, p. 313, citado por ejemplo por C. J. Estreña Palomero, art. cit., p. 696.

70 V. *infra* II.

partir del momento en que el Parlamento delega su competencia legislativa, el acto es perfecto a partir de su dictación –reserva hecha, obviamente, de los vicios que pueden afectarlo– y es ilógico que el Parlamento tenga que ratificarlo. Así pues, en España o Italia, el acto adoptado a partir de una delegación es, como ya se indicó, un acto legislativo desde su dictación y el Parlamento no tiene que ser puesto en condiciones de ratificarlo. A lo sumo las cámaras tienen la posibilidad, si consideran que el acto adoptado por delegación excede los límites de la habilitación o, simplemente, si son hostiles desde un punto de vista puramente político a su contenido, de votar una ley modificándolo o incluso derogándolo.

El caso de Francia es, se sabe, radicalmente opuesto puesto que el artículo 38 de la Constitución impone a la ley de delegación poner al Parlamento en condiciones de ratificar los actos adoptados sobre delegación. Debe en efecto fijar una fecha –llamada comúnmente fecha de ratificación y que es, en principio, posterior en algunos meses a la expiración del plazo de habilitación– antes de la cual el Gobierno debe depositar en el Parlamento un proyecto de ley que tiene por objeto la ratificación de los actos que tomó sobre el fundamento de la delegación. Si el Gobierno no deposita en el plazo que prescribe el proyecto de ley de ratificación, las resoluciones caducan. La entrega dentro del plazo basta para satisfacer las exigencias constitucionales: las ordenanzas siguen aplicándose con valor de acto administrativo mientras no se hayan ratificado; a partir del momento en que se ratificaron, adquieren valor legislativo; pero esta ratificación es facultativa; lo que es obligatorio es el simple depósito del proyecto de ley de ratificación. Considerando las prerrogativas particulares a disposición del Gobierno en cuanto a fijación del orden del día de las asambleas parlamenta-

rias, se desprende por otra parte que en la práctica, sólo se ratificarán las resoluciones si el Gobierno, en aplicación del artículo 48 de la Constitución, las ha inscrito al orden del día prioritario. En otros términos, el control efectuado por el Parlamento sobre la manera en que el Gobierno ha ejercido la habilitación que se le otorgado no está lejos de depender de la diligencia del Gobierno, lo que es a pesar de todo paradójico. Es lo que explica que, mientras que el Parlamento, en el período 1958-1990, votó 23 leyes de habilitación permitiendo al Gobierno decretar 158 resoluciones, él sólo se ha pronunciado sobre 9 leyes de ratificación que ratifican 20 resoluciones⁷¹.

La situación de Portugal es, por su parte, intermedia. A diferencia de lo que pasa en Francia, como ya se indicó, el acto adoptado sobre delegación tiene valor legislativo a partir de su emisión. A diferencia, igualmente, de lo que pasa en Francia, la Constitución no se refiere, al menos desde la revisión constitucional de 1997, a la ratificación ni, por lo tanto, impone al Gobierno depositar, en un determinado plazo, un proyecto de ley de ratificación. Con todo, un artículo de la Constitución, el artículo 169, se consagra a la “valoración parlamentaria de los actos legislativos” e instituye, de manera relativamente precisa, un procedimiento facultativo de examen parlamentario de los actos legislativos adoptados por el ejecutivo. En los treinta días que siguen a la publicación de un decreto ley, diez diputados pueden en efecto pedir que se someta a la valoración de la Asamblea de la República para que esta última suspenda su aplicación o lo enmiende. Si la Asamblea decide suspender el decreto ley, adopta una Resolución en este sentido y, a partir del día de la publicación de este último en el *Diário da República*, el decreto ley deja de estar en vigor. Si ella decide enmendarlo, adopta una ley modificándolo. Si la Asamblea no se

71 *Journal Officiel Français, Deb. AN 1990, Questions, p. 1849.*

pronuncia o si, mientras que ella no ha decidido enmendar el texto, y no ha votado la ley correspondiente antes del término de la sesión legislativa en curso, el procedimiento de valoración se considera caducado en cuanto quince sesiones plenarias de la asamblea se hayan celebrado. En otros términos, no hay, como en Francia, la obligación de poner al Parlamento en condiciones de ratificar los actos adoptados pero existe, a pesar de todo, a diferencia de lo que pasa en España o Italia, la institucionalización de un procedimiento facultativo de valoración parlamentaria de los actos adoptados.

3. *El control jurisdiccional del acto adoptado por delegación.* Se plantea obviamente a este nivel el problema de las competencias respectivas del juez constitucional y del juez ordinario.

a) El control por el juez constitucional

En la medida en que, excepto en Francia, el acto adoptado por delegación es un acto legislativo a partir de su dictación, es lógico que esté controlado por la jurisdicción constitucional.

Tal es el caso en España. El artículo 161 a) de la Constitución, que es consagrado al recurso de inconstitucionalidad, es decir, al procedimiento de control abstracto, precisa que dicho recurso es posible contra “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”. De la misma manera, el artículo 163, que trata de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, del control concreto, abre la cuestión no sólo a las leyes sino también a las “normas con rango de ley”. Por último, el artículo 27-2, b), de la ley orgánica relativa al Tribunal constitucional considera expresamente los decretos legislativos

entre las normas susceptibles de ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad. Por consiguiente, no hay nada de asombroso en que el Tribunal constitucional se haya reconocido competente para conocer decretos legislativos⁷². En esa ocasión, además, precisó que ejercía en su contra un doble control, puesto que comprobaba “por una parte si se cumplían las condiciones formales puestas al ejercicio del poder legislativo vía delegación y por otra parte si la disposición o las disposiciones cuya constitucionalidad se pone en cuestión (...) es, en cuanto a su contenido, contraria a la Constitución”. En otros términos, el Tribunal constitucional ejerce tanto un control formal como un control material sobre los decretos legislativos que le conducen a comprobar si ellos respetan, no sólo la ley de delegación, sino también las disposiciones de la Constitución.

Lo mismo sucede en Italia. De manera general, el artículo 134 de la Constitución asigna al Tribunal constitucional el conocimiento de los “litigios relativos a la constitucionalidad de las leyes y actos que tienen fuerza de ley”. En aplicación del artículo 137, la ley constitucional N° 1 de 1948 precisó los distintos tipos de recurso (control abstracto en caso de conflicto sobre la distribución de las competencias entre el Estado y las regiones; control concreto, etc.) y los abrió, no sólo a las leyes, sino también a los actos del ejecutivo con fuerza de ley. Se desprende que el Tribunal constitucional es competente para controlar la constitucionalidad de los decretos legislativos. Desde su sentencia N° 3 de 1957, ya citada, por otra parte, percibe ampliamente esta competencia puesto que considera que le permite controlar la conformidad del acto delegado con la ley de delegación, la violación por parte de aquél de la ley de delegación lo que constituye un “abu-

72 Tribunal Constitucional Español, sentencia 51/1982, precitada.

so de poder delegado” y que plantea siempre “una cuestión de constitucionalidad”⁷³.

Por último, en Portugal, el Tribunal constitucional puede conocer actos legislativos del ejecutivo tanto en el marco de su competencia de control abstracto *a priori* (artículo 278 de la Constitución) como de control abstracto *a posteriori* (artículo 281) o de control concreto (artículo 280). En este caso, controla, en particular, el respeto por el acto delegado de la ley de delegación⁷⁴. En efecto, el artículo 112-2 de la Constitución disponiendo, en particular, que “las leyes y los decretos leyes tienen igual valor, sin perjuicio de la subordinación a su ley respectiva de los decretos leyes tomados en virtud de una autorización legislativa”, se trata, no de una cuestión de legalidad, sino de una cuestión de constitucionalidad.

El caso de Francia es obviamente diferente. El Consejo constitucional sólo puede conocer de la constitucionalidad de una resolución si se cumplen copulativamente dos condiciones: en primer lugar, es necesario que el legislador haya ratificado la *ordenanza*; en segundo lugar, es necesario que la ley de ratificación haya sido sometida, puesto que, a diferencia de los otros jueces constitucionales, no puede conocer sino leyes parlamentarias y no otros actos de forma o fuerza legislativa⁷⁵. Si tal es el caso, la alta instancia se reconoce entonces competente para examinar, en esta ocasión, la conformidad de la resolución a la Constitución⁷⁶, pero no con relación a los Tratados

y compromisos internacionales puesto que el Consejo constitucional considera que este control escapa a su competencia. No parece tampoco que, en este caso y a diferencia de los otros jueces constitucionales, el Consejo constitucional acepte controlar la conformidad de la resolución ratificada por la ley de habilitación en la medida en que, formalmente, no está requerido para pronunciarse de la resolución sino de la ley de ratificación a la cual la ley de habilitación no es oponible⁷⁷.

b) El control por el juez ordinario

Dado que en la mayoría de los países el acto adoptado por delegación es un acto legislativo a partir de su dictación, no se ve cómo, a primera vista, podría controlarse por el juez ordinario. De hecho, en Italia, los decretos legislativos son de competencia exclusiva del Tribunal constitucional incluso en el supuesto de que desconociesen la ley de delegación, pues el juez ordinario está desprovisto de toda competencia a su respecto.

Sin embargo no es lo mismo en todas partes.

Mencionaremos sólo para recordar el caso de Portugal, en la medida en que la intervención del juez ordinario sobre este tema procede de las particularidades de organización de la justicia constitucional en ese país, que mezcla características del control concentrado y características del control difuso. En efecto, si el

73 Para más detalles referentes al exceso de poder delegado, ver M. BAUDREZ (n. 8), pp. 164 y ss.

74 Control que es facilitado por el hecho que, en virtud del artículo 198-3 de la Constitución, los decretos-ley dictados a partir de la habilitación parlamentaria, “deben indicar expresamente la ley de autorización legislativa (...) en virtud de la cual fueron tomados”.

75 Salvo, claro, en el caso particular previsto en el artículo 37, párrafo 2, de la Constitución, en caso que la resolución se introduzca en el ámbito reglamentario.

76 Consejo Constitucional francés, decisión N° 83-156 CD de 28 de mayo de 1983, Rec. Cons. const., p. 41; referencias en L. FAVOREU y L. PHILIP (n. 26), p. 930; decisión N° 84-170 CD de 4 de junio de 1984, Rec. Cons. const., p. 45; referencias en L. FAVOREU y L. PHILIP (26), p. 930.

77 B. GENEVOIS, “Réforme du droit de la concurrence et respect des règles et principes de valeur constitutionnelle - A propos de la décision N° 86-224 DC del 23 janvier 1987 del Conseil Constitutionnel”, *Revue Française de Droit Administratif* 1987, p. 299.

control abstracto (*a priori o a posteriori*) de constitucionalidad de los actos legislativos es exclusivamente competencia del Tribunal constitucional, no es así con el control concreto: todo juez ordinario, en caso de un proceso en el que es competente, puede controlar la constitucionalidad de un acto legislativo, entendiéndose que la posición que él toma sobre la cuestión de constitucionalidad del acto podrá ser objeto de un recurso ante el Tribunal constitucional: sea porque se negó a aplicarlo en razón de su inconstitucionalidad, sea porque lo aplicó como consecuencia de que su inconstitucionalidad se había alegado en el curso del proceso.

El caso de España es más interesante en la medida en que se está frente a un sistema de justicia constitucional concentrado, el Tribunal constitucional disponiendo normalmente de una competencia exclusiva en cuanto a control de la constitucionalidad de los actos legislativos. Con todo, hay una hipótesis particular en la cual el juez puede conocer decretos legislativos, es cuando no se respeta la ley de delegación.

Ya, en el pasado, en una época en la que no existía aún control de constitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley, el Tribunal supremo había terminado por reconocerse competente en tal caso⁷⁸. En efecto había desarrollado el siguiente razonamiento: el juez ordinario no puede resolver más que sobre los actos que tienen un rango inferior a la ley; no puede pues pronunciarse en principio sobre los actos adoptados por delegación, con rango de ley; no obstante, este rango de ley sólo debe

reconocerse a estos últimos siempre que respetan la ley de delegación; cuando, al contrario, van en su contra, pierden tal rango y pasan a ser simples disposiciones administrativas susceptibles de ser controladas –y censuradas– por el juez ordinario; en otros términos, si bien el juez ordinario no puede conocer actos adoptados por delegación cuando respetan la ley de delegación –caso de *intra vires*–, puede censurarlos cuando exceden la ley de delegación –caso de *ultra vires*.

Pero, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y en la medida en que esta última prevé como ya se indicó, la competencia del juez constitucional respecto de los decretos legislativos, se habría podido pensar que rechazaba esta instancia de competencia particular del juez ordinario. Sin embargo, tal no fue el caso. El artículo 82-6 de la Constitución, al precisar, como hemos visto, que las leyes de delegación podrán establecer en cada caso modalidades adicionales de control, añade “sin perjuicio de la competencia de los tribunales”. En la medida en que esta última fórmula contempla a los tribunales en plural, es necesario deducir que hace referencia, no solamente al Tribunal constitucional que es “único en su género”⁷⁹, sino también al juez ordinario⁸⁰. Tal ha sido precisamente el análisis del Tribunal supremo que, basándose en esta disposición, ha continuado sancionando los decretos legislativos *ultra vires*, guardando el mismo razonamiento que él había desarrollado antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución, es decir: cuando un decreto legislativo no respeta la ley de delegación, el juez no

78 En primer lugar, como lo precisan E. GARCÍA DE ENTERRÍA ET T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Civitas, 2002, p. 258), a propósito de los textos “refundidos” (Tribunal Supremo español, sentencias del 23 mayo 1969, 11 octubre 1969, 19 enero 1970, 18 febrero 1970 y 9 marzo 1970), luego a propósito de los textos “articulados” (sentencia del 6 julio 1977; E. LINDE PANIAGUA, “El control judicial de los textos articulados de las leyes de bases”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 16, enero-marzo 1978, p. 89).

79 Artículo 1-2 de la Ley Orgánica relativa al Tribunal Constitucional.

80 Ver además en este sentido la intervención de M. FRAGA IRIBARNE en los trabajos de elaboración de la Constitución de 1978, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 2 junio 1978, p. 2921.

controla el ejercicio del poder legislativo sino la simple actividad de la administración⁸¹. Y este análisis fue confirmado por el Tribunal constitucional, que afirmó que su propia competencia debía ejercerse sin perjuicio de la reconocida a los otros tribunales⁸², en lo que concierne a la adecuación del acto adoptado por delegación a la ley de delegación⁸³. En otros términos, en España, el juez ordinario puede censurar el desconocimiento a la ley de delegación por el acto adoptado por delegación. En cambio, está desprovisto de toda competencia respecto al acto adoptado por delegación cuando éste está de acuerdo con la ley de delegación y no puede pues confrontarlo con las disposiciones de la Constitución. En cuanto al juez constitucional, es competente, no solamente para controlar la conformidad del acto adoptado por delegación a la ley de delegación (cuestión que no es solamente una cuestión de legalidad sino que es una cuestión también de constitucionalidad), sino también para confrontarlo con todas las disposiciones de la Constitución. Hay pues, en cuanto al control de la conformidad de los decretos legislativos a la ley de delegación, doble competencia jurisdiccional, susceptible de ejercerse simultáneamente, lo que es diversamente apreciado por la doctrina⁸⁴.

Las soluciones del derecho francés no excluyen tampoco una posibilidad de apreciación de un mismo texto por las dos órdenes de jurisdicción, aunque son en gran medida diferentes. Como se vio, una resolución ratificada puede ser controlada por el juez constitucional si se le somete a su pronunciamiento la ley de ratificación. El juez la confrontará entonces

a la Constitución, pero no a los principios generales que tienen valor infra-legislativo ni a los Tratados internacionales, puesto que él considera que eso escapa a su competencia. Es probable también que se negará a confrontarla a la ley de habilitación en la medida en que, formalmente, él no es requerido sino para pronunciarse sobre la ley de ratificación, a la cual la ley de habilitación no es quizá oponible. En cambio, mientras la resolución no se ratifique, es, como se vio, un acto administrativo; de modo que su legalidad puede ser apreciada por el juez ordinario y, en particular, por el Consejo de Estado. Este último lo confrontará entonces, no sólo con la ley de habilitación tal como, cuando proceda, fue interpretado por el Consejo constitucional, sino también con los principios generales del derecho, con las disposiciones de la Constitución y con las de los Tratados y compromisos internacionales. Por lo tanto, no es imposible que una resolución, en su fase de acto administrativo, sea controlada por el juez administrativo luego que, una vez ratificada por una ley sometida al Consejo constitucional, ella sea controlada por este último, siendo así el mismo acto controlado por dos jueces distintos, ya sea con relación a las mismas normas de referencia (la Constitución en los dos casos), ya sea con relación a normas diferentes (los principios generales del derecho, la ley de delegación y los Tratados internacionales en el caso de control del Consejo de Estado y ninguna de estas categorías de normas en el caso de control del Consejo constitucional).

Por último, el enfoque francés de las resoluciones sólo presenta “una coherencia limi-

81 Tribunal Supremo español, sentencia de 27 enero 1979, *Aranzadi* 1979, N° 45.

82 Tribunal Constitucional Español, sentencia 51/1983 del 19 julio 1982, precitada.

83 Tribunal Constitucional Español, sentencia 47/1984 de 4 abril 1984, *Jurisprudencia Constitucional*, vol. VIII, p. 548.

84 Por ejemplo, mientras por un lado, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ toman una posición favorable hacia las soluciones que acaban de exponerse (n. 76, pp. 262 y ss.); éstas por otro lado son seriamente cuestionadas por J. JIMÉNEZ CAMPO (n. 18, p. 190).

tada” para adoptar los mismos términos de un miembro del Consejo de Estado⁸⁵. El enfoque español es sin duda alguna más satisfactorio pero no está tampoco desprovisto de algunas inconsistencias con la doble competencia del juez constitucional y del juez ordinario. Es, nos parece, el enfoque italiano el más convincente: los decretos legislativos son, a partir de su dictación, actos legislativos y están incluidos, en su control jurisdiccional, en la competencia exclusiva del Tribunal constitucional.

II. LOS ACTOS ADOPTADOS EN CASO DE URGENCIA SIN DELEGACIÓN PREVIA DEL LEGISLADOR

Cuando el país enfrenta un problema mayor como, por ejemplo, una guerra con un Estado extranjero o un levantamiento interno, no es raro que el Gobierno pueda adoptar actos de fuerza legislativa. Ya, en Francia, la teoría de las circunstancias excepcionales elaborada por el Consejo de Estado a partir del primer conflicto mundial autorizaba al Gobierno a liberarse de las reglas de competencia y a adoptar actos que eran normalmente competencia del legislador⁸⁶. En consecuencia, esta posibilidad fue institucionalizada por la norma de derecho escrito, incluso por la norma constitucional que diseña a menudo, según la expresión ahora consagrada, un “*derecho constitucional de tiempos de crisis*”. Para atenerlos siempre al caso de Francia, sin ser el único, se sabe que el artículo 16 de la Constitución de 1958

permite al Presidente de la República, “cuando existe amenaza a las instituciones de la República, a la independencia de la nación, a la integridad de su territorio o a la ejecución de sus compromisos internacionales, de una manera grave e inmediata, y se halla interrumpido el funcionamiento regular de las autoridades públicas”, adoptar todas las medidas exigidas por estas circunstancias, medidas que pueden ser de naturaleza legislativa. Las decisiones que toma entonces el jefe del Estado no pueden ser controladas por el Consejo constitucional, puesto que este último sólo es competente, él lo sabe, respecto de las leyes parlamentarias. No pueden tampoco ser controladas por el Consejo de Estado, puesto que este último se reconoció incompetente para conocerlas⁸⁷. Son pues injustificables, y el único control posible para el Parlamento, que se reúne sin convocatoria previa, es someter al jefe del Estado al Alto Tribunal de Justicia, en el supuesto de que abuse de sus poderes. Es bien cierto que tal régimen contencioso no se condice con la lógica del Estado de Derecho, el que postula, en principio, que todos los actos de las autoridades públicas se sometan a un control jurisdiccional. Esta es la razón por la que se ha denigrado a menudo. Dicho esto, el artículo 16 no puede aplicarse sino en circunstancias totalmente singulares que, hasta ahora, sólo se produjeron una única vez, en 1961, en el momento del asunto llamado de la “rebelión de los generales”. Por lo demás, su carácter difícilmente compatible con el Estado de Derecho incitó al jefe del Estado a no abusar,

85 J. FOURRÉ, “Le recours aux ordonnances en vertu de l’article 38”, *Les Petites Affiches* de 10 novembre 1986, N° 135, p. 11.

86 Consejo de Estado francés, 28 junio 1918, *Heyries*, *Rec. CE*, p. 651; *Sirey* 1922.3.49, nota M. HAURIU; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, precitado, p. 651; Consejo de Estado francés, 16 abril 1948, *Laugier*, *Rec. CE*, p. 161; *Sirey* 1948.3.36, conclusiones M. Letourneur.

87 Consejo de Estado francés, 2 marzo 1962, *Rubin de Servens*, *Rec. CE*, p. 143; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, precitado, p. 572 y las referencias citadas. El Consejo de Estado tampoco controla la decisión de poner en acción los poderes del artículo 16 ni su duración. En cambio, controla las decisiones tomadas cuando no tienen implicancia en el dominio legislativo.

contrariamente a lo que había pasado con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, y contrariamente a lo que habría pasado quizá si ello hubiera sido “más presentable”.

Pero, fuera de este derecho de tiempo de crisis, que se dejará de lado pues está vinculado a circunstancias exorbitantes del derecho común como la guerra o un conflicto mayor, sucede que el Gobierno puede adoptar actos legislativos sin delegación previa del Parlamento en caso de simple urgencia. Es el caso, en particular, en España⁸⁸ y en Italia⁸⁹, donde el Gobierno, en caso de urgencia, puede adoptar, por decretos leyes⁹⁰ deliberados en Consejo de Ministros y firmados o sancionados por el jefe del Estado, medidas legislativas provisorias sin intervención previa de las cámaras, que están incluidos, en cuanto a su control jurisdiccional, en la competencia exclusiva de la jurisdic-

ción constitucional⁹¹. Se abordarán sucesivamente los principales problemas que plantea la dictación de estos decretos leyes y su confirmación por el Parlamento.

A. DICTACIÓN

Dos grandes problemas se plantean a este nivel: ¿en qué circunstancias el Gobierno puede dictar un decreto ley? ¿El decreto ley puede regular cualquier materia legislativa?

1. ¿En qué circunstancias el Gobierno puede actuar?

Según los términos del artículo 77 de la Constitución italiana, el Gobierno puede adoptar medidas legislativas provisorias sin habilitación previa del Parlamento “en casos de ne-

88 Existen pocos estudios en francés sobre los decretos-ley españoles: v. L. M. DÍEZ-PICAZO, “Actes législatifs del gouvernement et rapport entre les pouvoirs: l'expérience espagnole”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 725. En español, la bibliografía es, como se imagina, considerable. V. especialmente I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, “Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, 1985, Nº 106, p. 97; I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, “Artículo 86-Decretos-leyes”, *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. O. Alzaga Villaamil), Madrid, 1998, tomo VII, p. 143; M. CARILLO, “El decreto-ley: excepcionalidad o habitualidad?”, *Revista de las Cortes Generales* 1987, Nº 11, p. 47; A. M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del decreto-ley*, Madrid, 1997; A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, “La convalidación parlamentaria del decreto-ley en España”, *Revista de las Cortes Generales* 1993, Nº 44, p. 7; L. LAVILLA ALSINA, “Sobre los decretos-leyes”, *Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, p. 610; J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, “El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, p. 819; J. SALAS, *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1979*, Madrid, 1979; J. SALAS, “Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional”, *Homenaje al profesor E. García de Enterría*, precitado, p. 267; P. SANTAOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, 1988; J. E. SORIANO, “Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Administración Pública* 1983, Nº 100-102, p. 453; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Los límites materiales del decreto-ley en la Constitución*, Santiago de Compostela, 1988; R. TUR AUSINA, *El control parlamentario de los decretos-leyes*, Madrid, 2002.

89 Ver en francés M. BAUDREZ, *Les actes législatifs de l'exécutif en Italie*, op. cit. Sobre las modificaciones que proponía en la materia la comisión bicameral para las reformas constitucionales, ver J. GIUDICELLI, “Les sources del droit dans le projet de la commission bicamérale pour les réformes constitutionnelles”, *La réforme constitutionnelle en Italie - Commentaires sur le projet de la commission bicamérale pour les réformes constitutionnelles* (dir. M. BAUDREZ), Economica et PUAM, 2002, espec. pp. 153 y ss.

90 El término “decreto-ley” es también un falso amigo jurídico. En España y en Italia, designa exclusivamente las medidas legislativas provisorias que puede tomar el gobierno, en caso de urgencia, sin intervención previa del parlamento. No se debe confundir con el término “decreto legislativo”, el que, en estos dos países, designa el acto tomado por el ejecutivo bajo habilitación previa de las cámaras. En cambio, en la Francia de la tercera y cuarta repúblicas, el término “decreto-ley” designaba lo que en España e Italia se califica hoy como decretos legislativos y en la Francia de la Quinta república como resoluciones (“ordonnances”). En cuanto a Portugal, el término “decreto-ley” designa también los actos legislativos del ejecutivo tomados por habilitación previa y en ausencia de urgencia (V. *infra* III).

91 Otras Constituciones europeas atribuyen igualmente al gobierno una prerrogativa similar. Ver, por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución austríaca o el artículo 44 de la Constitución griega.

cesidad extraordinaria y urgente”. Se encuentra la misma fórmula en el artículo 86 de la Constitución española, puesto que menciona los “casos de necesidad extraordinaria y urgente”. Es porque el juez constitucional se reconoció competente para controlar la existencia de tal necesidad extraordinaria y urgente que ha podido precisarse el sentido que es necesario dar a esta expresión.

- a) La competencia del juez constitucional para controlar la existencia de una necesidad extraordinaria y urgente

Es en primer lugar en Italia en donde se planteó si el Tribunal constitucional podía controlar la existencia de la necesidad extraordinaria y urgente a la cual hace alusión el artículo 77 de la Constitución. La doctrina se dividió sobre la respuesta que era necesario dar a esta interrogante⁹². Así pues, para algunos autores, la existencia de una situación extraordinaria de urgencia y de necesidad, es una valoración puramente política que pertenece al Gobierno y que por lo tanto no puede ser controlada sino por un órgano político, es decir, por el Parlamento en el procedimiento de conversión del decreto ley. Su valoración escapa pues al Tribunal constitucional que, según su jurisprudencia reiterada, se niega a controlar las elecciones políticas efectuadas por las autoridades públicas⁹³.

Al contrario, para otros autores, un control del Tribunal constitucional no debe excluirse, incluso aunque él no quiera ir demasiado lejos. En definitiva, es hacia esta segunda actitud que la jurisprudencia del Tribunal constitucional se ha orientado⁹⁴. Después de haber confirmado la obligación, inscrita en el párrafo primero del artículo 15 de la ley antes citada N° 400 de 1998, según la cual los decretos leyes deben enumerar, en su preámbulo, las circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia que justifican su adopción, aceptó controlar la existencia pero limitando este control a su ausencia evidente, es decir a una ausencia tal que, “manifiestamente, no se pueda más que entender que el acto gubernamental se adoptó fuera del marco de las posibilidades de aplicación constitucionalmente previstas por el decreto ley”⁹⁵.

En otros términos, la ausencia de una necesidad extraordinaria y urgente no puede ser sancionada por el Tribunal sino cuando ella “aparece clara y manifiesta porque, en este caso, el control de legitimidad (que efectúa entonces) no corre el riesgo de prevalecer sobre la valoración de la oportunidad política, reservada al Parlamento”⁹⁶. Para utilizar un vocabulario familiar de los especialistas de litigios administrativos, el Tribunal sostiene un control del error manifiesto de apreciación.

La posición del Tribunal constitucional español, definida desde su primera sentencia sobre la materia⁹⁷, y a la cual se ha atendido cons-

92 Para más detalles, M. BAUDREZ (n. 8), pp. 210 y ss.

93 V., por ejemplo, Corte constitucional italiana, sentencia N° 37 de 1963.

94 Ver, especialmente Corte Constitucional italiana, sentencias N° 29 de 1995 (“Chronique Italie”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1995, p. 854), N° 360 de 1996 (M. BAUDREZ, “Décrets-lois réitérés en Italie: l’exaspération mesurée de la Cour Constitutionnelle en 1996”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 745; “Chronique Italie”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1996, p. 739) et N° 398 de 1998 (“Chronique Italie”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1998, p. 824).

95 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 360 de 1996.

96 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 398 de 1998.

97 Tribunal Constitucional español, sentencia 29/1982 de 31 mayo 1982.

tantemente⁹⁸, va un poco más lejos en la vía del control, al menos en los principios. Para la alta instancia, incluso si conviene otorgar peso a la valoración puramente política a la cual se ciñe a este respecto el Gobierno, el concepto de “necesidad extraordinaria y urgente” utilizado por la Constitución no es en ningún caso una cláusula o una expresión desprovista de significado, que permita al ejecutivo intervenir libremente sin sufrir la menor restricción; sino al contrario, constituye un límite jurídico a su intervención. Por lo tanto, corresponde a la jurisdicción constitucional comprobar que este límite se respete y rechazar la afirmación hecha por los órganos políticos de que una situación determinada correspondería a una necesidad extraordinaria y urgente cuando esta afirmación es abusiva o arbitraria, lo que tiene por consecuencia declarar inconstitucional el decreto ley por falta de la condición que permite al Gobierno intervenir sobre las facultades reservadas al Parlamento por la Constitución.

Para que el Tribunal constitucional pueda efectuar este control, conviene que los órganos políticos demuestren explícitamente porqué consideran estar enfrentados a una situación urgente y que las medidas que tomen tienen por objeto efectivamente responder a esta situación, demostración que debe resultar de la exposición de motivos del decreto ley, del expediente constituido a este propósito, y de los debates parlamentarios que se desarrollen al respecto (puesto que, como se verá más adelante, el decreto ley, una vez decretado por el Gobierno, debe inmediatamente presentarse al Parlamento, el que tiene entonces treinta días para validarlo o derogarlo).

b) El sentido de la expresión “necesidad extraordinaria y urgente”

La jurisprudencia constitucional española es quizá la más explícita sobre este tema. Como lo nota L. M. Díez Pícazo⁹⁹, el Tribunal constitucional, al interpretar esta expresión, ha desarrollado un enfoque que se puede considerar como una vía intermedia, definida en particular, en su sentencia 6/1983 de 4 de febrero de 1983¹⁰⁰.

Por una parte, ha rechazado que se pueda recurrir al decreto ley únicamente en situaciones extremas, donde la integridad del territorio o la paz pública se cuestionen, es decir, para adoptar los términos mismos de la sentencia 6/1983, “cuando hay un grave peligro para el sistema constitucional o para el orden público entendido como el ejercicio normal de los derechos fundamentales y libertades públicas y como el funcionamiento normal de los servicios públicos”. En tales casos, son las disposiciones del artículo 116 de la Constitución, relativas al estado de alerta, al estado de excepción y al estado de sitio las que se aplican. El sólo hecho que un artículo distinto, el artículo 86 de la Constitución, sea consagrado a los decretos leyes muestra claramente que estamos de frente a una hipótesis diferente.

Por otra parte y en sentido opuesto, ha negado, al menos en principio, que el decreto ley pueda ser utilizado para perseguir objetivos que pueden ser logrados por el procedimiento legislativo ordinario, incluso por el procedimiento legislativo abreviado previsto por los textos.

Para él, el Gobierno no puede utilizar la vía de los decretos leyes sino en las hipótesis

98 Tribunal Constitucional español, sentencias 6/1983 de 4 febrero 1983, 29/1986 de 20 febrero 1986, 182/1997 de 28 octubre 1997 (“Chronique Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1998, p. 688) y 11/2002 de 17 enero 2002 (“Chronique Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 2002).

99 L. M. Díez Pícazo (n. 18), p. 735.

100 Ver igualmente las sentencias del Tribunal Constitucional español 111/1983 de 2 de diciembre 1983, 29/1986 de 20 febrero 1986, 23/1993 de 21 enero 1993 y 225/1993 de 8 julio 1993.

que, sin ser las de peligro extremo, requieren una acción normativa inmediata que no pueda ser efectuada por la vía parlamentaria considerando su lentitud inherente. Como lo precisa al respecto la sentencia 6/1983, la utilización de la vía de los decretos leyes debe considerarse constitucionalmente lícita en “todos los casos donde conviene lograr los objetivos fijados por el Gobierno del país que, habida cuenta de circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en el caso en que las coyunturas económicas exijan una respuesta rápida”.

Como podemos imaginar, el Gobierno tiene muy frecuentemente la tendencia a sostener que se enfrenta a una situación urgente que requiere de una acción inmediata, la que no permite la vía parlamentaria. En efecto, el decreto ley se convirtió en una forma frecuente, por no decir banal, de dictación de actos legislativos: en España, hay, cada año, al menos una decena de decretos leyes; en Italia, hablamos de varias decenas o incluso de centenares de decretos leyes; estos decretos leyes son tanto más numerosos cuando el Gobierno no dispone de una mayoría sólida en el Parlamento; correlativamente, el número de los decretos legislativos, es decir, actos legislativos del ejecutivo dictados a partir de delegación previa del Parlamento, es menor si se lo compara a lo que pasa en los ordenamientos jurídicos que no conocen la legislación gubernamental urgente, pues el Gobierno encuentra más expeditivo utilizar la vía de los decretos leyes que la de los decretos legislativos.

En cuanto a la jurisdicción constitucional, ella ha censurado tímidamente esta derivación y, generalmente, ha considerado que había necesidad extraordinaria y urgente. Por ejemplo, para tomar el caso del Tribunal constitucional español, las sentencias impugnando la existencia de una urgencia son escasas¹⁰¹. En cambio, numerosas son las decisiones que confirman la valoración de la urgencia hecha por el Gobierno, referidas a modificaciones fiscales relativas a las finanzas locales¹⁰², a una situación de riesgo para la estabilidad del sistema financiero¹⁰³, a planes de reconversión industrial¹⁰⁴, a medidas de reforma administrativa adoptadas después de la llegada al poder de un nuevo Gobierno¹⁰⁵, a modificaciones normativas relativas al proceso de autorización de implantaciones o transferencias de empresas¹⁰⁶, a medidas fiscales destinadas a reducir el déficit público¹⁰⁷ o a la supresión, como personas jurídicas de derecho público, de las cámaras oficiales de la propiedad urbana¹⁰⁸ (que se pueden asimilar a las asociaciones sindicales de propietarios del derecho francés).

2. ¿Puede el decreto-ley regular cualquier materia legislativa?

La Constitución española responde negativamente en forma explícita a esta interrogante. En efecto, el artículo 86-1 precisa que los decretos leyes no podrán “afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen

101 Ver sin embargo la sentencia del Tribunal Constitucional español 29/1982 de 31 mayo 1982.

102 Tribunal Constitucional español, sentencia 6/1983 de 4 febrero 1983.

103 Tribunal Constitucional español, sentencia 111/1983 de 2 diciembre 1983.

104 Tribunal Constitucional español, sentencia 29/1986 de 20 febrero 1986.

105 Tribunal Constitucional español, sentencia 60/1986 de 20 mayo 1986.

106 Tribunal Constitucional español, sentencia 23/1993 de 21 enero 1993.

107 Tribunal Constitucional español, sentencia 182/1997 de 28 octubre 1997.

108 Tribunal Constitucional español, sentencia 11/2002 de 17 enero 2002.

de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general”.

Esta prohibición es sensiblemente más amplia que la que se aplica a los decretos legislativos, los cuales, como ya se indicó, no pueden regular las materias protegidas por reserva de ley orgánica, leyes orgánicas que, según los términos del artículo 81-1, son las que se refieren al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general, así como las otras leyes previstas por la Constitución. Ciertamente, al menos una materia figura en una y otra de las dos listas (lista de materias prohibidas al decreto ley, y lista de materias protegidas por una reserva de ley orgánica y prohibidas en consecuencia al decreto legislativo). En cambio, si un decreto-ley no puede afectar al ordenamiento de las instituciones fundamentales del Estado, algunas de entre ellas, como, por ejemplo, el Defensor del pueblo¹⁰⁹ (artículo 54 de la Constitución), el Consejo de Estado (artículo 107), el poder judicial (artículo 122-1), el Tribunal de cuentas (artículo 136-4) o el Tribunal constitucional (artículo 165), son protegidos por una reserva de ley orgánica. Tal no es el caso del Gobierno o la administración del Estado, que no son protegidas por una reserva de ley orgánica aunque no se duda que se trata de instituciones fundamentales del Estado que, por lo tanto, no pueden ver su organización afectada por un decreto ley¹¹⁰.

De la misma manera, si todos los derechos y las libertades de los ciudadanos declara-

dos por el título I de la Constitución (artículos 14 a 55) no pueden ser afectados por un decreto ley, solamente los derechos fundamentales y las libertades públicas declarados por la primera sección del capítulo II de este título (artículos 15 a 29), según la interpretación hecha por el juez constitucional del artículo 81 de la Constitución, están protegidos por una reserva de ley orgánica¹¹¹. De la misma manera, finalmente, mientras que el decreto-ley no puede afectar al régimen de las Comunidades autónomas, solamente la aprobación de su estatuto está sometida a una reserva de ley orgánica.

No obstante, para evitar dar a este ámbito prohibido al decreto-ley una amplitud demasiado grande que reduciría a la nada la utilidad de esta figura jurídica, el Tribunal Constitucional ha sido conducido a dar un sentido restrictivo al término “afectar”, empleado por el artículo 86-1. En primer lugar lo hizo con respecto a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados por el título I, considerando que un decreto ley que los afectaba no era un decreto ley al que simplemente se hacía referencia sino un decreto ley encaminado a establecer una normativa completa de estos derechos, deberes y libertades o, al menos, una normativa sobre sus elementos esenciales¹¹². Extendió, *mutatis mutandis*, este análisis a la reglamentación de las instituciones fundamentales del Estado¹¹³.

Si observamos ahora hacia el derecho italiano, no hay, en el artículo 77 de la Constitución, consagrado a los decretos leyes, materias sustraídas a su intervención. Con todo, no

109 Ombudsman.

110 Tribunal Constitucional español, sentencia 60/1986 del 20 mayo 1986.

111 Tribunal Constitucional español, sentencia 70/1983 de 5 agosto 1983 y 160/1987 de 27 octubre 1987 (“Chronique Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1987, p. 534).

112 Tribunal Constitucional español, sentencia 111/1983 de 2 diciembre 1983, 140/1986 de 11 noviembre 1986 y 95/1988 de 26 mayo 1988.

113 Tribunal Constitucional español, sentencia 60/1986 de 20 mayo 1986.

cabe duda que la Constitución italiana contiene varias reservas de ley. Por lo tanto, se plantea si estas reservas de ley impiden la intervención de decretos leyes. El problema no se plantea de la misma manera según cual sea el caso, de acuerdo a la feliz distinción de M. BAUDREZ¹¹⁴, de una reserva de materia o de una reserva de procedimiento.

Cuando se trata de una reserva de materias, es decir, cuando la Constitución dispone por ejemplo que “la ley establece” tal norma o que “la ley determina” tal principio, la doctrina y el Tribunal constitucional son unánimes para afirmar que esta reserva de ley es exclusivamente oponible al poder reglamentario. Ella no lo es al decreto ley. Como lo destaca, por ejemplo, el Tribunal constitucional, “se admite, de manera innegable, y varias veces recordado por la jurisprudencia de este Tribunal, que la asimilación a las leyes formales de los actos *que tienen fuerza de ley* (entre los cuales se incluye el decreto ley) habilita tales actos a referirse válidamente, al igual que la ley, a materias a ésta reservadas”¹¹⁵.

Cuando se trata de una reserva de procedimiento, las soluciones son más dudosas. Por ejemplo, el último párrafo del artículo 72 de la Constitución italiana dispone que “el procedimiento normal de examen y adopción directa por la cámara es siempre adoptado para los proyectos de ley en materia constitucional y electoral, así como para los proyectos que contienen delegación legislativa, autorización para ratificar tratados internacionales, aprobación de presupuestos y de leyes de reglamento”. Se puede entonces sostener que este párrafo se limita a precisar en qué caso la ley debe adoptarse en Pleno, por oposición con aquellos en que ella puede adoptarse en comisión

parlamentaria, en aplicación al párrafo anterior del artículo 72; y que, en la medida en que ni una ni otra de estas dos vías de aprobación de las leyes sean procedimientos urgentes, no se puede oponer a un decreto ley que corresponde a una finalidad específica. Al contrario, se puede sostener que este párrafo, al exigir para algunas materias que el acto legislativo sea adoptado por el Parlamento en reunión plenaria, descarta *a fortiori* toda intervención del decreto ley. Ciertamente, el propio legislador parece, en este caso, haberse quedado con esta segunda interpretación.

Así pues, el artículo 15, párrafo 2, b), de la Ley N° 400 de 1988, ya citada, dispone que el Gobierno no puede, por decreto ley, “ocuparse de las materias del párrafo 4 del artículo 72 de la Constitución”. Con todo, es más bien la primera interpretación que ha prevalecido en la práctica. Como lo observa L. PALADIN¹¹⁶, en la notable excepción de la materia “constitucional” que (aún) no ha sido regulada por decreto ley, no existe prácticamente ningún sector de la organización jurídica que haya escapado a la intervención de este tipo de norma.

B. CONFIRMACIÓN

El decreto ley es, por definición, una medida legislativa provisional que debe ser confirmada por el Parlamento so pena de convertirse en caduca. Se plantea a este nivel el problema del procedimiento parlamentario de confirmación y, en la medida en que esta confirmación puede tomar (España) o debe tomar (Italia) la forma de una ley, el del control jurisdiccional del decreto ley confirmado a través de una ley.

114 M. BAUDREZ (n. 8), p. 200, a quien nos remitimos para más detalles.

115 Corte Constitucional italiana, sentencia N° 184, de 1974.

116 L. PALADIN (n. 19), p. 700.

1. El procedimiento parlamentario de confirmación del decreto-ley

El procedimiento español de la “validación” del decreto-ley o el procedimiento italiano de su “conversión” en ley no se desarrollan exactamente de la misma manera.

a) El procedimiento español de validación

Según el artículo 86-2 de la Constitución española, los decretos leyes deben inmediatamente ser sometidos al debate y votación del Congreso de los diputados. Si éste no está en sesión, debe convocarle a tal efecto en el plazo de treinta días siguientes a su promulgación. En este plazo, y al seguir un procedimiento especial y sumario establecido a tal efecto por su Reglamento, deberá: ya sea validarlo (la Constitución utiliza más concretamente el término de convalidación); o ya sea derogarlo por un voto dirigido al conjunto del texto. Como se ve, en esta fase del procedimiento sólo interviene el Congreso de los diputados. No puede enmendar el decreto-ley, sino confirmarlo simplemente o rechazarlo en bloque. Lo hace según un procedimiento de urgencia precisado por el artículo 151 del Reglamento del Congreso de los diputados: hay simplemente una comunicación del Gobierno, las intervenciones de los grupos parlamentarios y un voto global; los votos afirmativos se considerarán votos favorables a la validación; los votos negativos a la derogación. La intervención del Congreso de los diputados no modifica la naturaleza del decreto-ley: no se convierte en una ley; permanece como un acto del ejecutivo con fuerza de ley; la única diferencia es que pierde su carácter de medida legislativa provisional para convertirse en una medida legislativa definitiva¹¹⁷ (a reserva

de su posible modificación o derogación posterior).

En cuanto al artículo 86-3, prosigue que, en este plazo de treinta días, las Cortes generales podrán presentar los decretos-leyes al procedimiento de examen en urgencia de los proyectos de ley. Para los constituyentes, parece que este examen en tanto que proyecto de ley del decreto ley era una alternativa en relación a la simple validación en bloque: en el plazo de treinta días, o bien el Congreso de los diputados valida en bloque el decreto ley sin poder enmendarlo, o bien, si se desea hacer enmiendas, el Parlamento en su conjunto lo examina como si se tratase de un proyecto de ley. Sin embargo muy rápidamente resultó que, en este segundo caso, el Parlamento nunca podría, en el plazo de treinta días, “transformar” el decreto ley en ley. Esta es la razón por la que de procedimiento alternativo este procedimiento se devino sucesivo. En aplicación, en particular, del artículo 151 del Reglamento del Congreso de los diputados, la intervención del Parlamento se desarrolla en dos tiempos.

En primer lugar, en el plazo de treinta días a contar de la promulgación del decreto ley, el Congreso de los diputados decide, ya sea la derogación del decreto ley, o ya sea su validación en bloque; pierde así su carácter provisional, pero permanece como un acto de fuerza legislativa del ejecutivo.

En segundo lugar, si el decreto ley ha sido validado, está permitido al Parlamento, con el fin de poder enmendarlo, decidir someterlo al procedimiento legislativo urgente. Una vez que este procedimiento haya tenido éxito, el decreto ley se transformará en ley del Parlamento.

Este sistema funciona bastante bien. En particular, el Congreso de los diputados siempre que ha estado en condiciones de pronunciarse, según el procedimiento especial ante-

117 Tribunal Constitucional español, sentencias 29/1982 de 31 mayo 1982 y 111/1983 de 2 diciembre 1983.

riormente mencionado, sobre la validación en bloque o sobre la derogación del decreto ley en el plazo constitucional de treinta días, y parece que, en todos los casos, ha optado por la validación. Como se verá, las exigencias constitucionales italianas son más difíciles de satisfacer y el contexto político más incierto.

b) El procedimiento italiano de conversión

El artículo 77 de la Constitución italiana no prevé, en efecto, un procedimiento sumario y previo de examen de los decretos leyes, sino su supedición, desde el principio, al procedimiento legislativo. Más precisamente, el mismo día en el que el Gobierno ha dictado un decreto ley, debe presentarlo a las cámaras para que lo conviertan en ley. En el supuesto de que ellas sean disueltas, sin embargo, serán convocadas a tal efecto y se reunirán en el plazo de cinco días. El Parlamento tiene sesenta días a partir de la publicación del decreto-ley para transformarlo en ley, si no los decretos leyes pierden toda eficacia *ab initio*. Es poco, obviamente. Además, y como se ha notado¹¹⁸, el procedimiento previsto por los Reglamentos parlamentarios para las leyes de conversión no favorecen, más bien entorpecen, su rápida adopción. En efecto, desde 1981 en la Cámara de Diputados y desde 1982 en el Senado, este procedimiento se desarrolla en dos fases: la primera fase es, esencialmente, de control de la conformidad del decreto ley a las disposiciones constitucionales y, muy especialmente, a la exigencia de un caso extraordinario de necesidad y urgencia en el sentido de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 77 de la

Constitución; la segunda fase se refiere al examen del contenido normativo del decreto ley y difiere poco del procedimiento legislativo.

En estas condiciones, se comprende que frecuentemente el Parlamento no pueda pronunciarse en el plazo fatídico de sesenta días, sobre todo teniendo en cuenta que, habida cuenta del gran número de decretos leyes decretados cada año, su orden del día es entorpecida por proyectos de ley de conversión. Sucede también que no lo desea, es decir juega la carta de la inercia, dividido como está por ejemplo sobre la oportunidad de convertir el decreto ley. Sucede finalmente que rechaza el proyecto de ley de conversión: en efecto, mientras que, en España, no parece que haya negativas del Parlamento a validar un decreto ley, tal denegación no es excepcional en Italia. Se plantea por lo tanto la interrogante de saber lo que pasa en tales casos.

Normalmente, los decretos leyes no convertidos¹¹⁹ en el plazo de dos meses, ya sea porque el Parlamento no se haya pronunciado sobre su conversión, o ya sea porque lo haya rechazado, pierden, lo hemos dicho, toda eficacia *ab initio*. Se supone que nunca han existido. Con todo, ellos han tenido efectos jurídicos. En consecuencia, con un deseo de seguridad jurídica, el artículo 77 *in fine* de la Constitución dispone que las cámaras pueden regular por una ley las relaciones jurídicas creadas por decretos no convertidos. Normalmente, tales leyes deberían limitarse a solucionar los problemas particulares más graves planteados por la caducidad retroactiva de los decretos leyes. Sucede sin embargo a veces que la ley va más lejos, sin que el Tribunal pueda replicar¹²⁰.

Por otra parte, y se pasa aquí del comportamiento del Parlamento al del Gobierno,

118 M. BAUDREZ (n. 8), p. 239.

119 M. BAUDREZ, "Décrets italiens non convertis en lois, ordonnances françaises non ratifiées", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1993, p. 544.

120 M. BAUDREZ, op. cit., p. 245 a quien nos remitiremos para más detalles.

sucede que el propio Gobierno regula las relaciones jurídicas nacidas de decretos leyes no convertidos, mientras que el artículo 77 *in fine* de la Constitución reserva expresamente esta posibilidad a las cámaras solamente, lo que recuerda el artículo 15 de la Ley N° 400 de 1988 en cuanto prohíbe al Gobierno regular las relaciones jurídicas nacidas de decretos leyes no convertidos.

Sucede incluso que el Gobierno reitera un decreto-ley que se ha convertido en caduco, ya porque el Parlamento no se pronunció dentro de los plazos, o porque incluso rechazó la ley de conversión, y al igual que el artículo 15 de la Ley N° 400 de 1988, también lo prohíbe (o reitera un decreto ley a punto de volverse caduco). Esta reiteración se produce incluso generalmente varias veces. Por ejemplo, fue convertido un decreto ley de 18 de septiembre de 1992 que había sido renovado diez veces hasta que se convirtió finalmente mediante una ley de 15 de julio de 1994¹²¹; mientras que un decreto ley de 30 de diciembre de 1992 ha sido renovado de la misma forma hasta octubre de 1994, de modo que cada uno de ellos se ha aplicado durante dos años aproximadamente, mientras que la Constitución limita su aplicación a dos meses. Fue necesario esperar a 1996 para que el Tribunal constitucional, en su sentencia ya citada N° 360¹²², condenara no sin matices tales prácticas.

Ella considera en efecto que, cuando un nuevo decreto ley reanuda de manera sustancial, en ausencia de necesidad o urgencia, el contenido de un decreto ley devenido caduco a causa de su no conversión, el artículo 77 de la Constitución se viola en varios títulos: en cuanto afirma que los decretos leyes son medidas provisionales cuya validez está limitada a

sesenta días puesto que la reiteración prolonga esta validez; en cuanto subordina la dictación de los decretos leyes a casos extraordinarios de necesidad y urgencia puesto que la reiteración reanuda las mismas justificaciones que las mencionadas en el decreto ley inicial; en cuanto reduce la sanción de la desaparición retroactiva del decreto ley no convertido, puesto que su reiteración introduce, en la organización jurídica, una espera en cuanto a la posibilidad de consolidar los efectos gracias a la confirmación final del acto reiterado.

En una palabra, la reiteración altera los caracteres mismos de la forma de Gobierno, así como la atribución de la función legislativa del Parlamento aunque hiera la seguridad jurídica. Dicho esto, la condena por la Corte constitucional de la reiteración de los decretos leyes no es total puesto que, como ya se indicó, sólo concluye una violación del artículo 77 de la Constitución siempre que no exista necesidad y urgencia para actuar de nuevo. Puede en efecto suceder que las circunstancias sean tales que haya urgencia en reproducir el contenido de un decreto ley anterior. Prohibir al Gobierno intervenir sería privarlo del poder de decretar una legislación urgente que le concede la Constitución.

Puede pues actuar bajo la condición de que su intervención sea fundada "sobre motivos autónomos (y siempre extraordinarios) de necesidad y urgencia", es decir, sobre motivos que son distintos de los que justificaba el decreto ley inicial. Esto quiere decir que un decreto ley reiterado se presume inconstitucional pero que el Gobierno puede desechar esta presunción aportando la prueba de la urgencia y la necesidad de que hay que actuar de nuevo. A pesar de este límite, la sentencia de 1996

121 Ejemplo citado por M. BAUDREZ, art. cit., en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1993, p. 546, nota 3.

122 M. BAUDREZ, "Décrets-lois réitérés en Italie: l'exaspération mesurée de la Cour constitutionnelle en 1996", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 745, citado; "Chronique Italie", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1996, p. 739, citado.

tuvo consecuencias innegables: reducción sensible de los decretos leyes reiterados puesto que es necesario justificar ahora la necesidad de reiterarlos; más generalmente, menor interés por la técnica de los decretos de urgencia puesto que, en principio, deberán en adelante convertirse imperativamente en leyes en el plazo de dos meses, lo que dista mucho de ser fácil; correlativamente, renovación del interés por la técnica de los decretos legislativos de habilitación previa del Parlamento.

2. El control jurisdiccional del decreto ley confirmado

El hecho de que el Parlamento confirme el decreto ley plantea el problema principal de saber si su intervención es considerada por el juez constitucional como purgando el decreto ley de ciertos vicios que pudieran afectarlo y que no son susceptibles de ser cometidos por el legislador parlamentario; por ejemplo, ausencia de la condición de necesidad extraordinaria y urgente que no es oponible al legislador; por ejemplo, intervención en una materia prohibida al decreto ley aunque se le permita al legislador parlamentario. Si el juez constitucional considera que hay “perdón parlamentario”, por adoptar los términos mismos de algunos miembros de la doctrina española¹²³, no podrá anular el decreto ley por estos motivos. Si considera que no hay tal perdón, considerará el decreto-ley irregular, lo que plantea la cuestión de saber si esta irregularidad es susceptible de repercutir sobre la ley de confirmación. Tanto el Tribunal constitucional español como el Tribunal constitucional italiano tuvieron la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión pero, por decir lo menos, su jurisprudencia no es siempre muy clara y a ve-

ces especialmente evolutiva, de modo que se trata seguramente de un problema a propósito del cual la jurisprudencia aún no ha alcanzado su equilibrio.

Tratándose del Tribunal constitucional español, hay no obstante un punto sobre el cual su jurisprudencia es categórica: cada vez que el Congreso de los diputados se limita a validar el decreto ley sin que el Parlamento lo transforme en ley, esta validación no lo purga en ningún caso de los defectos que podían afectarle. En cambio, cuando el Parlamento transforma en ley el decreto ley, la jurisprudencia es más vacilante. Si nos atenemos a la parte fundamental y simplificando sin duda alguna exageradamente sus características, se puede decir que, en un primer tiempo, basado en la sentencia 111/1983 de 2 de diciembre de 1983, el Tribunal constitucional, a pesar de sus afirmaciones de principio, había aceptado salvar varias disposiciones de un decreto ley controvertido ante él, por el único motivo que ellas habían sido posteriormente asumidas por la nueva ley¹²⁴. Este análisis, además, se había impugnado seriamente en el seno de la alta instancia, puesto que la mitad de sus miembros –la sentencia en efecto se adoptó gracias a la voz preponderante del Presidente– había firmado una opinión disidente. Quince años después, y en un segundo tiempo marcado por la sentencia 182/1997 de 28 de octubre de 1997, la opinión disidente deviene en opinión mayoritaria puesto que el Tribunal declara, no sin matices, la inconstitucionalidad de muchas disposiciones de un decreto-ley que se le había deferido a pesar del hecho de que ellas habían sido retomadas por la ley de confirmación.

La posición de la Corte constitucional italiana es, *a priori*, similar¹²⁵. En 1967 (sentencia N° 75), afirma que, cuando se convier-

123 Ver, por ejemplo, I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA (86), p. 240.

124 Tribunal Constitucional español, sentencia 6/1983 de 4 de febrero de 1983.

125 “Chronique Italie”, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2002.

te un decreto ley en ley, los vicios de constitucionalidad que lo afectan se reflejan sobre la ley de conversión. En 1996 (sentencia N° 360 ya varias veces citada), precisa que, asimismo, los vicios de constitucionalidad del decreto ley han de referirse al incumplimiento de la condición de necesidad y urgencia puesta por el artículo 77 de la Constitución. En 1995 (sentencia N° 29), indica que el legislador parlamentario no podría apreciar de manera errónea la existencia de las condiciones de validez de un decreto-ley ya que no puede convertir en ley un acto irregular. En 1998 (sentencia N° 398), considera que la ley de conversión no es adecuada para validar un decreto ley adoptado en ausencia evidente de la condición de urgencia impuesta por el artículo 77. Con todo, más recientes sentencias pueden desviarse puesto que, en 2000 (sentencia N° 419) y en 2001 (sentencia N° 376), el Tribunal admite que la ley de conversión valida el vicio originado en la ausencia de urgencia; mientras que, en 2002 (sentencia N° 29), considera “suficiente observar que los vicios eventuales relativos a las condiciones de aprobación de los decretos urgentes deben, generalmente, darse como validados por la conversión en ley”.

III. LOS ACTOS ADOPTADOS EN AUSENCIA DE URGENCIA Y SIN DELEGACIÓN PREVIA DEL LEGISLADOR

Es bien cierto que reconocer al ejecutivo el poder de decretar actos legislativos aun cuando no ha sido habilitado por el legislador y que ninguna circunstancia particular urgente venga a justificar su intervención, parece directamente contrario a la teoría de la separación de los poderes. Con todo, es una posibilidad que a veces le es reconocida por la Consti-

tución, al mismo tiempo que el carácter democrático de esta última no se presta a debate.

El caso típico (y quizá único) sobre este tema es el de Portugal. Ya, bajo el imperio de la Constitución de 1933, el ejecutivo estaba dotado de una competencia legislativa no desdénable puesto que podía ejercerse, ya sea sobre habilitación legislativa, ya sea en ausencia de habilitación legislativa en caso de urgencia. La ley constitucional N° 2009 de 17 de septiembre de 1945 va aún más lejos, puesto que otorga al Gobierno la posibilidad de adoptar actos legislativos sin habilitación previa y en ausencia de urgencia, es decir, le concede una competencia legislativa normal. Se habría podido creer que la Constitución de 1976, originada en la revolución de los “claveles”, definitivamente habría descartado tal posibilidad, que parece indisolublemente vinculada a los regímenes autoritarios. Por razones que merecerían ser dilucidadas, no hubo cambios y la nueva Constitución mantuvo una competencia legislativa normal del Gobierno. Esta competencia puede revestir tres formas¹²⁶, que se expondrán clasificándolas por orden decreciente de la autonomía a disposición del Gobierno en su aplicación: a veces se trata de una legislación exclusiva, a veces se trata de una legislación competitiva, a veces se trata de una legislación simplemente complementaria.

A. LEGISLACIÓN GUBERNAMENTAL EXCLUSIVA

Según el artículo 198-2 de la Constitución portuguesa, “las materias relativas a la organización y al funcionamiento del Gobierno son exclusivamente competencia legislativa de éste”. En otros términos, todo lo que se refiere a la organización y al funcionamiento del Gobierno no puede no estar regulado más que por los actos del ejecutivo con fuerza de ley. El Gobierno dispone pues en esta materia de una

competencia legislativa inicial y exclusiva que lo coloca exactamente sobre el mismo plan que la Asamblea de la República.

La solución es obviamente notable en cuanto a los principios.

Nos equivocáramos al exagerar el alcance práctico puesto que esta competencia legislativa exorbitante del Gobierno sólo se refiere a un ámbito muy limitado, el de la organización y el funcionamiento del Gobierno. No hay duda de que conviene vincular a tal ámbito el número, el nombre y las atribuciones de los Ministerios y Secretarios de Estado, así como las formas de su coordinación¹²⁷. No es seguro que eso incluya también la organización interna de los Ministerios¹²⁸. Es seguro que ella no integra la organización de los servicios públicos en general o el régimen de la función pública. En una palabra, se trata de un ámbito que, en otros países como, por ejemplo, Francia, puede ser simple competencia reglamentaria del Gobierno.

B. LEGISLACIÓN GUBERNAMENTAL COMPETITIVA

Según el artículo 198-1, a), de la Constitución, “pertenece al Gobierno, en el ejercicio de sus funciones legislativas (...), adoptar decretos leyes en las materias que no se reservan a la Asamblea de la República”.

Ya se indicó que dos artículos de la Constitución reservan una serie de materias a la competencia del Parlamento: el artículo 164 que trata de la reserva absoluta de competencia legislativa y enumera veintiún materias que no pueden ser reguladas sino por él; el artículo 165 que está consagrado a la reserva relativa y enumera una lista de veinticuatro materias que no pueden ser reguladas sino por él, excepto en el supuesto de que hubiese habilitado al Go-

bierno a actuar en su lugar. Por lo tanto, cuando se está frente a una materia que no figura en ninguna de estas dos listas, ella puede ser regulada por decreto ley del Gobierno.

Pero, aún así, no hay que exagerar este “ámbito” de competencia.

En primer lugar, las materias más importantes figuran en una y otra de las dos listas antes citadas, de modo que sólo materias relativamente técnicas y marginales pueden ser objeto de una legislación gubernamental.

En segundo lugar, esta legislación gubernamental sólo es competitiva. En efecto, el artículo 161, c), de la Constitución habilita a la Asamblea de la República “para legislar sobre todas las materias a excepción de aquellas que están reservadas al Gobierno por la Constitución”. En la medida en que solamente la organización y el funcionamiento del Gobierno son competencia legislativa exclusiva del Gobierno, las materias ajenas a este ámbito y que no figuran en las listas de los artículos 164 y 165 son de doble competencia legislativa: competencia legislativa del Gobierno (puesto que no figuran en la lista de los artículos 164 y 165); competencia legislativa del Parlamento (puesto que son ajenas a la organización y al funcionamiento del Gobierno). Estas dos competencias se sitúan por otra parte, sobre el mismo plan puesto que el artículo 112-2 de la Constitución dispone que “las leyes y los decretos leyes tienen un igual valor”.

C. LEGISLACIÓN GUBERNAMENTAL COMPLEMENTARIA

El artículo 198-1, c), habilita, finalmente, al Gobierno, “en el ejercicio de sus funciones legislativas (...) a aprobar decretos-leyes que sean necesarios para la aplicación de las leyes

127 Ver artículo 183-3 de la Constitución.

128 Ver sobre este punto los análisis contrarios realizados por J. MIRANDA y de P. OTERO (o poder de substituição em Direito Administrativo, Lisboa, 1995, II, p. 643).

que se refieran a los principios generales y los textos fundamentales de los regímenes jurídicos”.

En otros términos, cada vez que el legislador adopta por ejemplo una ley de bases, para utilizar una terminología a menudo empleada en los derechos ibéricos, una ley de base, es decir, una ley dirigida a la determinación de las bases de una materia, corresponde al Gobierno adoptar las medidas legislativas que requiera la aplicación de esta ley de base o esta ley básica, dictando decretos-leyes, los que se califican generalmente de decretos-leyes de desarrollo.

La competencia legislativa gubernamental es, sobre este tema, triplemente limitada. En primer lugar y a diferencia del caso anterior, el Gobierno sólo puede actuar si, previamente, la Asamblea de la República ha intervenido. Por otra parte, en aplicación del artículo 198-3 de la Constitución, el decreto ley debe indicar expresamente el texto fundamental en virtud del cual se dicta. En segundo lugar, el decreto ley debe obviamente respetar los principios o las orientaciones que figuran en la ley adoptada por el Parlamento. Como lo precisa el artículo 112-2 de la Constitución, las leyes y los decretos leyes en absoluto tienen un igual valor; pero es sin perjuicio de la subordinación a su ley respectiva de los decretos leyes que precisan las bases generales de los regímenes jurídicos. En tercer lugar, y como en el caso anterior, está también permitido al Parlamento intervenir para adoptar las medidas legislativas de desarrollo puesto que la competencia legislativa gubernamental sólo es exclusiva para lo referente a la organización y al funcionamiento del Gobierno y que, excepto esta hipótesis, la Asamblea de la República es competente para intervenir en toda materia.

Dos precisiones suplementarias deben aportarse con respecto a estos distintos casos de legislación gubernamental:

Por una parte, cuando se está frente a la legislación gubernamental exclusiva, competitiva o complementaria, los decretos-leyes que aprueba el Gobierno pueden ser objeto de un veto por parte del jefe del Estado, tal como ocurre con los decretos leyes dictados a partir de delegación legislativa.

Por otra parte, cuando se está frente a la legislación gubernamental competitiva o complementaria, y tal como ocurre con lo que pasa en el caso de legislación gubernamental delegada, se aplican las disposiciones ya mencionadas a este propósito del artículo 169 de la Constitución, relativas a la valoración parlamentaria de los actos legislativos del ejecutivo: los decretos leyes, a excepción de los aprobados por el Gobierno en el ejercicio de su competencia legislativa exclusiva, pueden ser sometidos a la valoración de la Asamblea de la República para que suspenda su aplicación o los enmiende, a petición de diez diputados, en los treinta días siguientes su publicación.

* * *

Como lo tiene en cuenta muy precisamente L. FAVOREU¹²⁹ (127), “una de las virtudes del derecho comparado, así como se ha destacado a menudo, es evidenciar nuevos aspectos del Derecho nacional gracias al esclarecimiento dado por la comparación de éste y de los derechos extranjeros.” Así pues, en materia de derecho constitucional en las fuentes, la situación francesa es original pero por razones opuestas a las habitualmente postuladas. En efecto, generalmente se afirma que la Constitución francesa se opone a las Constituciones

129 L. FAVOREU, “Légiférer par décret ? Aspects de Droit Comparé”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1997, p. 675.

italiana y española, por ejemplo, en que asigna un ámbito limitado al poder legislativo y un ámbito amplio al poder reglamentario, mientras que las otras dos abren al poder legislativo un ámbito ilimitado. Pero los años han pasado y los textos constitucionales, tal como se aplicaron e interpretaron, no tienen ya el mismo significado ni el mismo alcance que antes. En realidad, la situación casi se invierte hoy: en Francia, no sólo el ámbito de la ley se respetó estrictamente, sino que también, considerablemente se extendió y reforzó bajo la influencia

de las jurisprudencias constitucionales y administrativas. Mientras que en Italia sobre todo, y también en España, la utilización masiva de los “decretos legislativos” (el equivalente de nuestras resoluciones del artículo 38) y sobre todo de los “decretos-leyes” (decretos urgentes, sin equivalente en derecho francés actual), ha reducido considerablemente la actividad propiamente legislativa del Parlamento”. ¿Qué decir entonces del derecho portugués que confía al Gobierno un poder legislativo fuera de toda delegación o urgencia?

