

Algunas reflexiones en torno al Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MODIFICACIÓN DE LAS LEYES POR OTRAS ANTERIORES.—III. EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE: «LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD».—IV. LA MATERIA PRESUPUESTARIA COMO LÍMITE MATERIAL DEL DECRETO-LEY.—V. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA DEL DECRETO-LEY.

I. INTRODUCCIÓN

«La potestad de dictar Decretos-leyes, normas con rango de ley, con la misma eficacia derogatoria que las leyes, significa escindir en dos la potestad legislativa reconociéndola no sólo en las Cortes, que la ejercen por sí misma o la delegan en el Gobierno, sino también en este último como una potestad propia. Negar esta escisión significa cerrar los ojos a la realidad del ordenamiento en nombre del principio puramente doctrinal de la separación de poderes»¹. Cuando I. de Otto escribió estas palabras probablemente no pudo aventurar cuál iba a ser el uso que de dicha potestad legislativa haría el Gobierno, siendo en algunos casos mucho más prolífica, cuantitativamente hablando, que la de las Cortes.

En efecto, en el año 2004 las Cortes Generales tan sólo aprobaron siete leyes (cuatro ordinarias y tres orgánicas) frente a los ocho Reales Decretos

★ Letrada de la Asamblea de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 212.

Legislativos y los once Decretos-leyes aprobados por el Gobierno, uno de los cuales, el Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, será objeto de nuestra atención por las peculiaridades que, a nuestro criterio, presenta. No cabe ocultar que en el año 2004 se celebraron elecciones, por lo que el tiempo de funcionamiento de las Cámaras fue menor del ordinario. No obstante, a 25 de octubre de 2005, la cifra de Decretos-leyes tampoco es pequeña, doce, frente a dieciocho leyes ordinarias y cuatro orgánicas, por lo que los Decretos-leyes representan, en términos porcentuales, algo más de un treinta y cinco por ciento de la legislación total publicada de enero a octubre de 2005².

El Real Decreto-ley 11/2004 fue aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de diciembre, expedido por el Rey en la misma fecha y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 312, de 28 de diciembre, con el fin de modificar en materia de pensiones públicas la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 (BOE, núm. 312, de 28 de diciembre, rectificación de errores en el BOE, núm. 50, de 28 de febrero de 2005), entrando en vigor, por *mor* de lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta, el 1 de enero de 2005. Conforme al artículo 86.2 de la Constitución, el meritado Decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 28 de diciembre de 2004, convalidación que fue publicada en el BOE, número 11, de 13 de enero de 2005.

Cualquier operador jurídico que ojee el *Boletín Oficial del Estado*, número 312, de 28 de diciembre de 2005, puede observar algo afortunadamente no muy usual: en el apartado Disposiciones Generales, Jefatura del Estado, aparece en primer lugar la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 y, a continuación (intercalado por el Real Decreto-ley 10/2004, de 23 de diciembre), el Real Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre, que modifica la citada Ley de Presupuestos. No deja de ser sorprendente o, cuando menos, llama la atención que en el mismo Diario Oficial se publique una norma y su modificación. *Prima facie* esta circunstancia denota una cierta imprevisión en el legislador, pero todavía es aún más llamativo que la modificación se efectúe mediante Decreto-ley que, curiosamente, ha sido aprobado con anterioridad a la fecha de la propia norma objeto de reforma. Estas y algunas otras cuestiones, de las que se dejará constancia más adelante, hacen que el Real Decreto-ley 11/2004 merezca cierta atención.

La modificación operada mediante el Decreto-ley afecta básicamente, aunque no de modo exclusivo, al Título IV de la Ley de Presupuestos, relativo a las pensiones públicas, y consiste en incrementar las cuantías de los haberes reguladores de las pensiones, los límites máximos para el señalamiento inicial de las pensiones, las cuantías de las revalorización y los ingresos mínimos para percibir los complementos para mínimos, así como el importe de dichos complementos. El citado incremento viene motivado por la necesidad de

² Algunos datos estadísticos, sorprendentes, relativos a los Decretos-leyes aprobados en el período comprendido entre 1987 y 2003 pueden encontrarse en Pablo Santolaya Machetti, «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el Decreto-ley», en *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, 2003-2004, p. 388.

incorporar a las bases sobre las que se aplica la revalorización de las cuantías de las pensiones la desviación producida entre el Índice de Precios al Consumo previsto y el real.

II. LA MODIFICACIÓN DE LAS LEYES POR OTRAS ANTERIORES

Es uno de los principios estructurales que rigen las relaciones entre las normas de un ordenamiento jurídico el principio de sucesión cronológica que constituye la dimensión temporal que junto con las dimensiones vertical, horizontal y de profundidad, integran la estructura cuatridimensional del sistema normativo según la aplicación que de la geometría einsteniana al mundo normativo hiciera, con gran acierto, Santamaría Pastor³. Con arreglo a este principio la norma posterior modifica o extingue a la norma anterior con la que entra en colisión. Su formulación legal se halla contenida en el artículo 2.2 del Código Civil al disponer, *ad litteram*:

«Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.»

Bien es cierto que el transcrito precepto no se refiere a la modificación, sino a la derogación, que técnicamente no es exactamente lo mismo que aquélla. La derogación es la cesación de la vigencia de las normas en virtud de una norma posterior (ya sea de forma expresa o tácita, como consecuencia de la incompatibilidad del contenido de ambas), en tanto que la modificación de una norma es la alteración de todo o parte de su contenido por otra que expresamente lo señala. No obstante, en ocasiones suele considerarse a las leyes de derogación como una modalidad de leyes modificativas⁴, lo que, en cierto modo, viene a relativizar las diferencias entre ambos conceptos.

Sin embargo, y salvando las diferencias, a los efectos que a nosotros nos interesa podemos señalar que el aforismo latino *lex posterior derogat anterior*, puede ser aplicado, *mutatis mutandis*, a la modificación de una norma, habida cuenta que difícilmente, al menos en una concepción lógica y racional y por la propia esencia del concepto de modificación, puede modificar una norma anterior a otra posterior. Revisar o modificar algo, ya sea en el mundo jurí-

³ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 156 a 163.

⁴ Un ejemplo de esta asimilación lo encontramos en M.^a Teresa Castiñeira Palou, «Las leyes modificativas», en *Gretel: La forma de las Leyes. 10 estudios de Técnica Legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 202. Asimismo, el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (BOE, núm. 180, de 29 de julio) señala en la Directriz 51 que «las disposiciones modificativas pueden ser de nueva redacción, de adición, de derogación, de prórroga de vigencia o de suspensión de vigencia».

dico o en el de cualquier otro sector de la vida, requiere que ese algo a cambiar ya exista, porque de lo contrario no se trata de un cambio, sino de instaurar *ex novo* una situación o una cosa. De la definición misma que del término «modificar» ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se infiere la necesidad de preexistencia del objeto a modificar al definirlo como «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes».

Prima facie, la realidad parece haber hecho sucumbir esta necesidad. Como ya se señaló, el Real Decreto-ley 11/2004 por el que se modifica la Ley de Presupuestos Generales del Estado es de 23 de diciembre, en tanto que la norma modificada tiene como fecha la de 27 de diciembre. La simple contraposición de fechas evidencia que la norma modificativa es de fecha anterior a la norma a modificar, ¿cómo es esto posible?

La explicación a esta inusual circunstancia se encuentra en el modo de concreción de la fecha de las leyes. Lo que determina la fecha de las leyes no es la aprobación parlamentaria, como en líneas generales defiende la doctrina⁵, ni el de la publicación⁶, sino la de su promulgación. Sin entrar en mayores consideraciones sobre la conveniencia de que el acto de la promulgación sirva de factor concluyente para numerar y datar las leyes, sí cabe reseñar que puede producir efectos como el que en estos momentos analizamos. Máxime si se sigue, como parece haber sido el criterio del Gobierno en este supuesto, la tesis de la aprobación parlamentaria como acto del procedimiento legislativo por el que se dota de validez a las leyes. Esta circunstancia nos conduce, sin solución de continuidad a la polémica doctrinal acerca de si la perfección de la ley y, en consecuencia, su existencia tiene lugar a partir de su aprobación por el titular de la soberanía popular o si, por el contrario, queda retrasada a un momento ulterior del procedimiento legislativo cual es el de la publicación de la ley en el Diario Oficial correspondiente.

La polémica suele plantearse en términos bipolares porque mayoritariamente se suscita al hilo del análisis de la naturaleza jurídica del requisito de la publicación de las leyes, aunque, en realidad, pudieran señalarse tres posturas diferenciadas si se adopta como punto de mira el acto que dota de validez a las leyes.

Un sector doctrinal postula, con clara influencia francesa y con gran predicamento en la doctrina italiana, que la ley existe jurídicamente desde el mismo momento que es aprobada por el Parlamento, pues con el acto de aprobación parlamentaria queda perfeccionada, de tal modo que los actos ulteriores de sanción, promulgación y publicación previstos en el artículo 91

⁵ Sobre la conveniencia de que la aprobación por el Parlamento sea lo determinante para la fijación de las leyes *vid.* Pablo Salvador Coderch, «El título de las leyes», y Carles Viver Pi i Sunyer; «La promulgación y la fecha de las leyes», ambos en Gretel: *La forma de las Leyes. 10 estudios de Técnica Legislativa*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 30 y 101 a 103, respectivamente.

⁶ No faltan autores que defienden que el número y la fecha de las leyes debería venir determinado por el momento de la publicación. *Vid.* Alfonso Arévalo Gutiérrez, «La publicación de la leyes y su conocimiento por la opinión pública» en Pau i Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y Opinión pública*, Madrid, 1995, p. 181.

de la Constitución son, simplemente, requisitos para la eficacia de la ley, de ahí que formen parte de la tradicionalmente denominada fase integradora de la eficacia que, junto con la fase de iniciativa y constitutiva completan el *iter* legislativo. Entre nosotros se han hecho eco de esta tesis autores como Rodríguez-Zapata Pérez al afirmar que «aprobado el proyecto por las dos Cámaras, se perfecciona y deviene ley. En efecto, creo claro que la ley nace con la aprobación de las Cortes Generales [...]. Al término de esta fase constitutiva la ley será ya válida, pero no eficaz, como a menudo sucede con otros actos en Derecho Público y Derecho Privado»⁷. No menos tajante en sus consideraciones son Molas y Pitarch al sostener que «el texto una vez aprobado por las Cortes Generales es ya ley plenamente válida. Pero para su eficacia es necesario que el Rey, como Jefe del Estado, la integre en el ordenamiento jurídico a través de su sanción y promulgación y sea conocida como tal a través de su publicación»⁸. Por su parte, Álvarez Conde llega a la conclusión de que «una vez finalizada la fase constitutiva, la ley ya es perfecta pero todavía no es eficaz, ya que faltan los trámites de la sanción del Monarca, su promulgación y su publicación»⁹. Asimismo, García Martínez sostiene que «El acto legislativo del Parlamento es el único capaz de perfeccionar la ley, lo que supone que la aprobación por parte del Parlamento de un texto normativo supone su existencia como ley desde ese momento, es decir, tiene relevancia jurídica, existe para el mundo del Derecho»^{10, 11}.

Una segunda posición, encabezada por Pérez Serrano, retrasa el momento de la perfección de la ley y su consecuente existencia en el mundo del Derecho a la sanción y promulgación reales. Efectúa este autor un ingenioso símil entre la promulgación y la inscripción registral de una persona: «mientras no se ha realizado [la promulgación] carece la Ley de existencia, al modo como el niño carece de existencia legal mientras no se le inscribió, pero una vez promulgada la Ley tiene existencia en Derecho»¹². En términos más tajantes se pronuncia Garrido Falla al señalar que «una ley aprobada por las Cortes y sancionada por el Rey es una norma jurídica perfecta cuyos efectos jurídicos (la vigencia) penden de un hecho cual es la publicación [...]. Una cosa es que, desde el punto de vista de su publicación, la ley

⁷ Jorge Rodríguez-Zapata Pérez: *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 30.

⁸ Isidre Molas e Ismael Pitarch, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 162-163.

⁹ Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1993, p. 150.

¹⁰ Asunción García Martínez, *El procedimiento legislativo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 186.

¹¹ Aunque no se pronuncia en términos tan categóricos, también se inserta en este sector doctrinal Manuel Aragón Reyes, que encuadra la sanción, promulgación y publicación en la fase del *iter* legislativo integradora de la eficacia de la ley, si bien introduce matizaciones en cuanto a la sanción, habida cuenta del significado actual de nuestra monarquía parlamentaria y el consiguiente valor de la sanción. *Vid. Dos estudios sobre la monarquía parlamentaria*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 110-120; *ídem* en «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», en *Estudios sobre la Constitución Española. Estudios homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1954-1955.

¹² Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 801.

no publicada es como si no existiere; y otra cosa es que realmente no exista»¹³. En el mismo sentido se manifiesta Solozábal Echavarría al afirmar, refiriéndose a la sanción, que «la intervención del monarca tiene, pues, lugar en la fase constitutiva o perfectiva del procedimiento y no en la fase integradora de la eficacia», y posteriormente que «la publicación es, pues, un acto sucesivo al perfeccionamiento de la ley, que existe con anterioridad a ella»¹⁴.

Por último, la posición doctrinal de influencia germánica, defendida en nuestra doctrina científica por De Castro y Bravo¹⁵, suele contraponerse dialécticamente a las dos anteriores y consiste en mantener que la publicación no es un simple requisito de eficacia de la ley, sino una verdadera *conditio sine qua non* de la validez de la norma legal, que no es perfecta hasta que no resulta publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. En esta corriente se insertan, entre otros¹⁶, autores de la talla de García de Enterría y Fernández, que sostienen que es legítimo calificar la publicación oficial como acto constitutivo¹⁷; de Otto y Pardo, quien mantiene que «la publicación de la ley es un requisito esencial para su existencia como norma, para su incorporación al ordenamiento jurídico como una verdadera norma»¹⁸. Por su parte, Biglino Campos, al estudiar con detenimiento la materia, manifiesta con rotundidad que «una norma no publicada debe considerarse inexistente porque todavía no ha ingresado en el ordenamiento. Dicha situación impide radicalmente su aplicación, dado que ningún operador jurídico puede aplicar algo que todavía no existe. Pero, además, la publicación, por ser un requisito de procedimiento impuesto en el ordenamiento, debe considerarse como un elemento de validez de la norma elaborada»¹⁹.

Enunciadas las diferentes teorías, veamos la repercusión que cada una tiene en el caso que nos ocupa. De acuerdo con la segunda de ellas, como la ley se perfecciona con la sanción o con la promulgación, no existiendo jurídica-

¹³ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁴ Juan José Solozábal Echavarría, *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 104 y 160. En el mismo sentido escribe que «la sanción es un acto obligatorio, pero también necesario para la perfección de la ley que no es tal sin la colaboración del Monarca. La intervención del Monarca tiene lugar en la fase constitutiva o perfectiva del procedimiento y no en la fase integradora de la eficacia», en «Sanción, promulgación y mandato de publicación de las leyes», en Ángel Garrorena Morales (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, 1988, p. 181.

¹⁵ De Castro y Bravo, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, INEJ, Madrid, 1955, pp. 392 y ss.

¹⁶ A fin de no cargar el texto de la exposición de excesivas citas se hace referencia en esta nota a otros autores, no menos importantes, que defienden esta tesis. *Vid.* Alfonso Arévalo Gutiérrez, «La publicación de las leyes y su conocimiento por la opinión pública», en Francesc Pau i Vall, (coord.), *Parlamento y Opinión pública*, Madrid, 1995, pp. 178-183; Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 486; Luis Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Ederesa, Madrid, 1996, p. 334; José Luis Villar Palasí y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, I, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1987, pp. 90-91.

¹⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 113. Bien es cierto que estos autores consideran la ley perfecta desde la aprobación parlamentaria, si bien sólo desde la publicación produce efectos *ad extra*.

¹⁸ Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 111.

¹⁹ Paloma Biglino Campos, «Publicidad de las normas», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5393-5394; *idem* en «Publicidad de las normas» en Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, I, Civitas, Madrid, 2001, pp. 275-276.

mente hasta ese momento, se llega a la paradoja de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005, que fue sancionada y promulgada el 27 de diciembre de 2004 y que, por tanto, de conformidad con esta tesis no existía jurídicamente hablando con anterioridad a esa fecha es modificada por una norma anterior, el Decreto-ley 11/2004, de 23 de diciembre. Con arreglo a esta postura no es posible, entonces, que el Gobierno pueda dictar un Decreto-ley modificando una norma que todavía no existe.

Las dificultades que presenta la mencionada tesis para explicar el caso que analizamos se obvian si se sigue la primera de las expuestas, que, por otra parte parece ser la que ha orientado la actuación del Gobierno, consciente o inconscientemente, al aprobar el 23 de diciembre el Decreto-ley de modificación de la Ley de Presupuestos. Teniendo en cuenta que esta última recibió la aprobación definitiva del Congreso de los Diputados el día 22 de diciembre, concluyendo así la fase parlamentaria del procedimiento legislativo y estimando que, según la posición doctrinal ahora considerada, desde el día 22 de diciembre la Ley de Presupuesto Generales del Estado para 2005 forma parte del ordenamiento jurídico, no cabe sino concluir que la modificación operada por el Decreto-ley aprobado por el Gobierno es una modificación producida válidamente (sin efectuar en este momento valoraciones de tipo sustancial, sino desde una perspectiva puramente formal) por una norma que efectivamente es posterior.

Con arreglo a este criterio hubiera sido perfectamente posible, en términos jurídicos, que el Decreto-ley 11/2004 se publicara en el *Boletín Oficial del Estado* con anterioridad a la publicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin embargo, esta circunstancia, de haberse producido, hubiera sido distorsionadora para el operador jurídico y para el ciudadano en general, pues, como señalara Kelsen, parecería peregrino que se publicara en la colección legislativa oficial la derogación —o la modificación, añadimos nosotros— de una ley que jamás ha sido publicada en ella²⁰. Para evitar esta circunstancia el Ejecutivo ha retrasado, entendemos que deliberadamente, la publicación del Decreto-ley para hacerla coincidir con la publicación de la norma modificada.

Este hecho no supone, empero, adoptar la tercera de las concepciones que, a nuestro juicio, es la que cuenta con más respaldo desde el punto de vista del Derecho positivo. Sin ánimo de ser exhaustivo²¹ por exceder de los límites del presente trabajo, sí debemos manifestar que desde un planteamiento puramente *iuspositivista* la publicación de las normas en los diarios oficiales excede de un mero requisito de eficacia que condiciona la entrada en vigor de las normas una vez transcurrido en su caso la *vacatio legis*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil. No sólo argumentos legales, sino también constitucionales avalan la consideración de la publicidad de las normas como un requisito sin el cual la norma no se integra en el ordenamiento jurídico.

²⁰ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, Méjico, 1987, p. 371.

²¹ Sobre los argumentos a favor de la consideración de la publicación como un requisito constitutivo, *vid.* las obras citadas en las notas 15 a 19.

Es un principio básico de nuestro sistema constitucional, garantizado en el artículo 9.3 de la Carta Magna y derivado de la configuración del Estado español como un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) el de publicidad de las normas, que se encuentra íntimamente ligado, como ha tenido ocasión de indicar el Tribunal Constitucional ²², al de seguridad jurídica, igualmente consagrado en el Texto Constitucional. El juego combinado de ambos principios exige que los ciudadanos puedan tener la certeza acerca de las situaciones jurídicas que le afectan y la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, para lo que es imprescindible la plasmación de la norma en un texto publicado oficialmente que fije de modo auténtico y permanente su contenido, posibilitando así el conocimiento de las normas a las que los ciudadanos y los poderes públicos han de ajustar su comportamiento y actuación. La publicación que en el Derecho vigente cumple estas exigencias es, en el ámbito estatal, la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

A lo anterior se añade, para el caso de las leyes en sentido formal, la previsión contenida en el artículo 91 de la CE que exige que las leyes aprobadas por las Cortes sean sancionadas y promulgadas por el Rey y publicadas, precepto que se inserta en el Capítulo II, rubricado «De la elaboración de las leyes», en el que se regulan las tres fases del procedimiento que han de seguirse de manera necesaria para la emanación de una ley formal.

A los meritados argumentos de rango constitucional se adicionan los de la legislación. En este plano la invocación del artículo 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional es concluyente. De acuerdo con este precepto legal el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley sólo podrá promoverse a partir de su publicación oficial, lo que viene a demostrar que, con anterioridad a la publicación la norma no puede ser expulsada del ordenamiento jurídico mediante declaración de inconstitucionalidad por la sencilla razón de que hasta entonces no ha ingresado en él.

De acuerdo con esta concepción, no podría el Gobierno aprobar un Decreto-ley modificativo de una ley que todavía no ha sido publicada porque, con independencia de su conocimiento oficioso en virtud de las fluidas relaciones existentes entre el Gobierno y el grupo parlamentario que lo respalda en el Parlamento, el Ejecutivo, como cualquier otro poder público o los ciudadanos, no pueden constatar fehacientemente el contenido de la norma hasta que no se publica oficialmente. Cuestión distinta es que desde que se tiene dicho conocimiento oficioso puedan comenzarse las tareas preparatorias y previas a la decisión gubernamental que, en nuestra opinión no debiera haberse tomado formalmente hasta, al menos, el día 28 de diciembre de 2004 en que se publicó la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En consecuencia, con arreglo a este criterio difícilmente puede incluirse en el mismo diario oficial la publicación de una norma y su modificación ²³.

²² Así, por ejemplo, en la STC 179/1989, de 2 de noviembre.

²³ La misma conclusión parece desprenderse de la posición de Paloma Biglino Campos al señalar que «si la ley ha concluido todo el procedimiento constitucionalmente previsto y las Cámaras cambian

III. EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE: «LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD»

Es por todos conocido que la legitimidad constitucional del Decreto-ley se halla condicionada, por exigencia del artículo 86 de la Constitución, que en este punto no es sino una copia casi literal del artículo 77 de la Constitución italiana, a la concurrencia de un presupuesto de hecho que habilita al Gobierno para dictar la disposición legislativa provisional: la extraordinaria y urgente necesidad. Es quizá esta cuestión y, en general, la concepción misma del Decreto-ley uno de los campos donde más divergencia existe entre la doctrina y la jurisprudencia constitucional, hasta el extremo de que puede afirmarse, no sin cierta exageración, que parecen discurrir por líneas paralelas que jamás llegan a encontrarse en punto alguno.

De la configuración constitucional del Decreto-ley ha deducido la generalidad de la doctrina que «la legislación gubernamental de urgencia representa una figura excepcional dentro del ordenamiento jurídico y, como tal, debe considerarse en una clave eminentemente restrictiva»²⁴. La constitucionalización de la figura responde a la intención de superar situaciones de épocas pasadas en las que circunstancias de excepcionalidad se resolvían mediante expedientes ajenos a los cauces constitucionales con el consiguiente peligro de alteración del sistema constitucional preestablecido. Ahora bien, el reconocimiento de este instrumento normativo no supone sin más un cheque en blanco para su utilización indiscriminada por el Ejecutivo. Más bien lo contrario, de la dicción literal del artículo 86 de la Constitución parece deducirse que el constituyente ha querido circunscribir la facultad concedida al Gobierno para dictar disposiciones legislativas a términos reducidos, sobre la base de tres pilares: la imprescindible concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad, la limitación material de la figura, cuya utilización queda vedada en ciertas materia y la existencia de un doble mecanismo de control *a posteriori* a cargo de un órgano político, el Congreso de los Diputados, y otro jurisdiccional, el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta concepción no es la acogida por el Tribunal Constitucional, de cuya jurisprudencia se infiere una interpretación amplia del Decreto-ley, concebido únicamente como una figura normativa no ordinaria, pero lejos de la consideración como una norma excepcional. Así, en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, puede leerse:

«Nuestra Constitución ha contemplado al Decreto-ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas

de opinión acerca de su contenido, pueden derogarla, en cuanto que es una norma existente. Pero, si el texto no ha sido publicado, es difícil pensar que quepa desarrollar nuevamente la función legislativa, aprobando un nuevo acto de contenido contrario», en *La publicación de la Ley*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 83.

²⁴ Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 80.

cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas.»

Desde luego no es, con mucho, la mejor definición de la figura normativa del Decreto-ley a la luz de la Norma Suprema. Como acertadamente ha señalado J. Pérez Royo ²⁵, estos términos parecen más apropiados para definir la ley que el Decreto-ley en el Estado Constitucional contemporáneo en el que la ley, a pesar de su vocación de permanencia y estabilidad está condicionada por el cambio incesante que se produce en la sociedad a la que se dirige.

El talón de Aquiles de la configuración del Decreto-ley lo constituye, sin duda alguna, la determinación de la extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el Texto Constitucional no especifica en qué consiste la extraordinaria y urgente necesidad que legitima la utilización de este instrumento normativo; también lo es que, en abstracto, no es fácil determinar cuándo nos encontramos ante una necesidad de este tipo. En una primera aproximación lo que no queda opción a especulaciones es que la necesidad de dictar un Decreto-ley ha de ser, de manera conjunta, extraordinaria y urgente, sin que tales apelativos puedan considerarse indistintamente a la hora de justificar constitucionalmente la norma legal.

Los amplios términos en que el Tribunal Constitucional ha concebido el Decreto-ley le han llevado a forjar la distinción entre necesidad absoluta y necesidad relativa para incardinar la figura dentro de esta última, no sin críticas por parte de la doctrina ²⁶. Esta distinción, acuñada en la doctrina italiana por Esposito, ha sido acogida en la ya mencionada STC 6/1983, de 4 de febrero, en los siguientes términos:

«Nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiendo por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. [...] Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fun-

²⁵ Javier Pérez Royo, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno» en VVAA, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, Madrid 1985, p. 139.

²⁶ Véase Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 99 a 103; Agustín de Vega García: «La cláusula «extraordinaria y urgente necesidad» del Decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, p. 267. Quizá unos de los autores más críticos con el uso que del Decreto-ley se ha hecho en la práctica, como consecuencia de la amplia interpretación del Tribunal Constitucional, son Marc Carrillo, «El Decreto-ley: ¿Excepcionalidad o habitualidad?», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 11, 1987; y Pablo Santolaya Machetti en «Veinticinco años...», *op. cit.*

damentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.»

Con la diferenciación entre necesidad absoluta, cubierta por los estados excepcionales del artículo 116 de la Constitución, y la necesidad relativa a la que se vincula el uso del Decreto-ley, el Tribunal Constitucional efectúa una distinción de grado en cuanto a la necesidad que legitima el empleo de este instrumento normativo hasta el punto que la extraordinariedad de la necesidad se relaja tanto que, como sostiene Carmona Contreras²⁷, esta última casi queda reducida a un dato temporal, la urgencia en la regulación de una situación. Se minimiza la excepcionalidad exigida por el Texto Constitucional, hasta el extremo de justificar la producción de Decretos-leyes en casos en que la necesidad se origina «en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental»²⁸, «en todos los casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país[...] o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta»²⁹.

Junto a lo anterior, la urgencia que caracteriza a la necesidad legitimadora del uso del Decreto-ley se identifica con la imposibilidad de desarrollar todo el trámite parlamentario de aprobación de las leyes para regular una situación de forma eficaz, ni siquiera por la vía del procedimiento de urgencia previsto en los Reglamentos parlamentarios. En este sentido el Alto Tribunal avala la constitucionalidad del Decreto-ley para atender una situación «de tal naturaleza que no pueda ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia»³⁰ o que «por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la tramitación parlamentaria de las leyes»³¹. De ahí que se utilicen como datos a tener en cuenta para determinar la urgencia el lapso temporal que transcurre entre la aprobación de la norma y su publicación en el *BOE* y la entrada en vigor.

Con tan laxa interpretación del Decreto-ley efectuada por la jurisprudencia constitucional la necesidad extraordinaria y urgente de dictar un Decreto-ley queda a la consideración de criterios de oportunidad política de libre apreciación por el Ejecutivo. Ya tempranamente el Supremo Intérprete de la Constitución, en la Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, admitía que «con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideración de extraordinaria y

²⁷ Ana M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 99.

²⁸ STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3.º

²⁹ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 5.º

³⁰ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

³¹ STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 6.

urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por la vía del Decreto-ley»³².

En consonancia con el elevado margen de maniobra que se otorga al Gobierno para dictar un Decreto-ley, el Tribunal Constitucional considera que el examen sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, «los que quedan reflejados en la Exposición de Motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma»³³.

Retornando al análisis del Decreto-ley que nos ocupa, se hace preciso examinar la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante a la luz de los criterios expuestos. El punto de partida previo lo constituye la necesidad de incorporar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado la desviación producida en el IPC entre noviembre del año anterior y noviembre del año en curso para aplicarla a la revalorización de las pensiones, exigida legalmente por el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y el 27 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, el primero de los cuales establece en su apartado primero, recogiendo las recomendaciones del denominado «Pacto de Toledo»:

«Uno. 1. Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año.

2. Si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.»

En años anteriores la adecuación de las cuantías de las pensiones al incremento real del Índice de Precios al Consumo se ha efectuado durante la tramitación parlamentaria en el Senado del Proyecto de Ley de Presupuestos

³² Esta línea jurisprudencial ha sido continuada con posterioridad; véase al respecto la STC 111/1983, de 2 de diciembre y otras más recientes, como la SSTC 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio.

³³ SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; y 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 3.

mediante la presentación de enmiendas al articulado por el Grupo Parlamentario que sustentaba al Gobierno. Así ha sucedido, a título de ejemplo, en relación a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 con las enmiendas números 1892 y 1893, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, núm. 172(e), de 4 de diciembre de 2003, p. 884). Asimismo, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2003, se presentaron por el Grupo Popular sendas enmiendas, las número 1201 y 1202, para incorporar el incremento real experimentado por el IPC entre noviembre de 2001 y noviembre de 2002 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 94(e), p. 584)³⁴.

Sin embargo, no se ha podido continuar con esta práctica, como consecuencia del veto introducido en el Senado al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, aprobado por la Comisión de Presupuestos el 2 de diciembre y ratificado por el Pleno el 13 del mismo mes. Tampoco se ha podido evitar esta situación en fase de enmienda en el Congreso de los Diputados habida cuenta que la evolución del IPC entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004 no se conoce hasta el 15 de diciembre.

Esta imposibilidad material de incorporar la desviación del IPC, explicitada en la Exposición de Motivos³⁵, conduce sin solución de continuidad en la argumentación gubernamental a la necesidad de dictar el Decreto-ley porque, de lo contrario, a juicio del Ejecutivo, se «originaría un grave que-

³⁴ Curiosamente no se incluyen en las enmiendas referidas el contenido concreto en que consiste la modificación operada por la enmienda, sino que se limita a usar una fórmula del siguiente tenor: «modificación que resulte procedente como consecuencia del incremento real que experimente el IPC en el período noviembre de (...) a noviembre de (...)». Ciertamente no es la mejor redacción para garantizar la seguridad jurídica.

³⁵ *Ad litteram* los párrafos cuarto, quinto y sexto de la Exposición de Motivos señalan: «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 (RCL 2004, 2651) establece las previsiones de revalorización para dicho ejercicio en función del IPC previsto y la paga única por desviación de la inflación real de 2004 sobre la inicialmente considerada. No obstante, como consecuencia del veto aprobado por el Senado en sesión plenaria el pasado 13 de diciembre, la Ley de Presupuestos Generales del Estado no ha podido recoger la evolución del IPC entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004, conocida el 15 de diciembre, y que en ejercicios anteriores se incorporó al proyecto de ley en su trámite parlamentario de discusión de enmiendas parciales por el Pleno del Senado.

Esta circunstancia originaría un grave quebranto a los pensionistas españoles, absolutamente contradictorio con el compromiso del Gobierno de España de mantener el poder adquisitivo de las pensiones y de elevar paulatinamente las cuantías de las pensiones más bajas, que tendría incidencia en los siguientes contenidos de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2005: haberes reguladores de las pensiones del régimen de clases pasivas del Estado; importes de las pensiones de la legislación especial derivada de la Guerra Civil; cuantías más reducidas en el señalamiento inicial y en la revalorización de pensiones; límites más escasos de ingresos para acceder a los complementos por mínimos y a las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo; cuantías de las pensiones mínimas, no contributivas, de las no concurrentes del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez y determinados subsidios y ayudas sociales.

Se hace, pues, imprescindible que, con carácter urgente, se adopten las medidas necesarias para garantizar a los pensionistas de clases pasivas y de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributivas como no contributivas, y a los perceptores de otras pensiones y demás prestaciones públicas el mantenimiento íntegro del poder adquisitivo de sus pensiones o demás prestaciones, de modo que los porcentajes de revalorización previstos para 2005 se apliquen sobre las cuantías de 2004, una vez actualizadas conforme a la desviación del IPC producida entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004 respecto del inicialmente previsto para este último ejercicio».

branto a los pensionistas españoles, absolutamente contradictorio con el compromiso del Gobierno de España de mantener el poder adquisitivo de las pensiones».

El examen del debate parlamentario de convalidación arroja los mismos datos. La argumentación aducida por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales durante la presentación del Decreto-ley en el trámite parlamentario de convalidación del mismo es similar con alguna adición. La situación financiera favorable de la Seguridad Social, el compromiso contenido en el «Pacto de Toledo» garantizando el poder adquisitivo de las pensiones públicas, el desarrollo de los compromisos asumidos con los ciudadanos el 14 de marzo de 2004 y la imposibilidad de incorporar la evolución del IPC a causa del veto introducido por el Senado son los motivos que han hecho obligatorio la aprobación del Decreto-ley para evitar «un grave quebranto a los pensionistas españoles»³⁶.

A la vista de estas explicaciones justificativas de la «extraordinaria y urgente necesidad» pudiera parecer que efectivamente era una necesidad ineludible el dictar el Decreto-ley 11/2004. Sin embargo, pudieran hacerse algunas consideraciones que posiblemente relativizan el carácter inexorable con que se presenta la aprobación de la legislación de urgencia.

Es cierto que por imperativo legal y según el precepto transcrito de la Ley General de la Seguridad Social, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se debe recoger en materia de pensiones la desviación producida en el IPC entre noviembre del ejercicio económico anterior y noviembre del ejercicio sobre el que se aplica la revalorización de las pensiones; y, asimismo, compensar con una paga única esa desviación antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. Ahora bien, de esta exigencia legal no cabe inferir, al menos de modo inequívoco, que se haya de dictar el Decreto-ley para incorporar en la Ley de Presupuestos esta desviación antes de la entrada en vigor de la misma.

Si se tienen en cuenta los criterios temporales que el Tribunal Constitucional emplea como parámetro de la legitimidad constitucional del empleo de la figura normativa del Decreto-ley, de los que ya se ha dejado constancia, la urgente necesidad de esta decretación de urgencia pudiera quedar en entredicho si se tiene en cuenta que la regulación de la materia en cuestión pudiera llevarse a cabo, a nuestro juicio, antes del 1 de abril, mediante el procedimiento legislativo de urgencia, e incluso, por el procedimiento de tramitación en lectura única, retrotrayendo sus efectos al 1 de enero de 2005.

Pudiera alegarse en contra el perjuicio que para los pensionistas ocasionaría el retraso en la incorporación de la desviación entre el IPC real y el previsto si se espera a la tramitación parlamentaria de una ley por los procedimientos reglamentariamente previstos que permiten reducir el tiempo de desarrollo de dicha tramitación. Ahora bien, no debe olvidarse que «el grave quebranto a los pensionistas», por utilizar las palabras de la Exposición de

³⁶ El debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley 11/2004 se encuentra recogido en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 62, de 28 de diciembre de 2004, pp. 2982 a 2993.

Motivos, se produce desde el mismo momento en que el IPC real y el previsto no coinciden y cuanto mayor es esta divergencia. El origen de los perjuicios derivados a los pensionistas se encuentra, entonces, en la deficiente previsión del Ejecutivo a la hora de estimar el IPC anual. La imposibilidad de incorporar la desviación del IPC durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Presupuestos como consecuencia del veto opuesto por el Senado no vendría, sino a alargar una situación generada con anterioridad hasta que se tramitara la oportuna modificación presupuestaria.

IV. LA MATERIA PRESUPUESTARIA COMO LÍMITE MATERIAL DEL DECRETO-LEY

Como ya se advirtió, una de las cautelas empleadas por el constituyente en la configuración del Decreto-ley tiene que ver con las materias susceptibles de ser reguladas por este instrumento normativo. Por vía negativa el artículo 86 de la Constitución veda el empleo de la legislación gubernamental de urgencia en lo que afecte «al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general».

Dejando a salvo estas materias, parece no existir inconveniente en afirmar que el Decreto-ley y la ley ordinaria son fuentes del Derecho intercambiables, o, dicho en otros términos, las materias regulables por ley ordinaria lo son también por Decreto-ley. Sin embargo, tan tajante afirmación no puede sino ser matizada. Los matices derivan de la propia configuración constitucional del Estado y de las relaciones interorgánicas propias de un sistema parlamentario de gobierno.

Así ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 60/1986, de 20 de mayo, al señalar que «para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto Constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expressis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de Ley.»

Se trata de casos, como advirtiera Santolaya³⁷, en que la aprobación de una ley ordinaria esconde, en realidad, un control parlamentario de la acción gubernamental. Entre estos supuestos se incluyen las leyes por las que el Parlamento autoriza al Gobierno a la realización de una actividad gubernamen-

³⁷ Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los Decretos-Leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 153 y ss.

tal, como la autorización para emitir deuda pública o contraer crédito (art. 135.1 CE), para dictar decretos legislativos (art. 82 CE), la ratificación de tratados internacionales (art. 94 CE); así como aquellas otras leyes cuya aprobación conlleva un control *a posteriori* de la actuación del Gobierno, como la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE), la tramitación de un Decreto-ley como proyecto de Ley (art. 86.3 CE), o la aprobación del Plan económico general (art. 131 CE).

Aunque en ocasiones se les considera límites implícitos³⁸, en puridad, a nuestro juicio, no pueden ser considerados como tales, pues las previsiones constitucionales, al menos en la mayoría de los casos, impiden otorgarles ese carácter. En efecto, salvo en el primero de los supuestos citados, en que el texto constitucional únicamente se refiere a la ley para la autorización de la deuda pública o la contracción de crédito, en los demás se formula una alusión explícita a la necesaria actuación de las Cortes Generales, por lo que no cabe otra cosa que entender, en estos casos, que la referencia a la ley lo es a la ley en sentido formal. La consideración de implícitos sólo puede mantenerse en el sentido de que no se hallan formulados como tales límites al Decreto-ley en el artículo 86 de la Constitución, sino que se encuentran dispersos en otros preceptos constitucionales.

Por lo que a nuestro análisis interesa, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 134.1 de la Constitución, conforme al cual corresponde a las Cortes Generales el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, concretando de esta manera la aseveración del artículo 66.2 de la Constitución, que atribuye al Parlamento la potestad de aprobar los Presupuestos del Estado. No cabe ni el más mínimo atisbo de duda de que los Presupuestos Generales del Estado no pueden sino revestir la forma de ley, no de cualquier ley, sino de la ley aprobada en las Cortes mediante el procedimiento estipulado en los reglamentos parlamentarios. Ríos de tinta ha vertido la doctrina, y no creemos que sea el lugar idóneo para incidir aún más en ello, para recalcar el extraordinario peso que en la vida política alcanza el debate presupuestario y que no es, sino herencia de la significación histórica que tiene la aprobación parlamentaria del Presupuesto como acto de control de la política gubernamental, que no debiera ser hurtada al representante del pueblo amparándose el Gobierno en una pretendida urgencia y extraordinaria necesidad.

Es evidente que, si a las Cortes les corresponde la potestad de aprobación de los Presupuestos, también han de ser ellas las que, en su caso, lo modifiquen. De lo contrario, si la modificación presupuestaria pudiera llevarse a

³⁸ Autores de la elevada talla de Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional...*, op. cit., y Javier Salas Hernández, «Los Decretos-Leyes en la Constitución de 1978», en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, vol. III, IEF-Dirección General de lo Contencioso del Estado; y «Los Decretos-Leyes en la teoría y en la práctica constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 296, se refieren a este tipo de límites con el apelativo de implícitos.

cabo por un instrumento normativo que no fuera la ley en sentido formal, la potestad parlamentaria de aprobación de los presupuestos se torna en papel mojado. La aprobación parlamentaria exigida constitucionalmente podría quedar burlada con suma facilidad mediante un Decreto-Ley de modificación de la ley presupuestaria. Para evitar esta perversión del sistema el apartado 5 del artículo 134 de la Constitución es tajante al aseverar *ad litteram*:

«Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al ejercicio presupuestario.»

De la lectura del transcrito precepto se extrae una conclusión clara: dado que los Presupuestos Generales del Estado son aprobados por el Parlamento a propuesta del Gobierno, las modificaciones presupuestarias deben, asimismo, ser aprobadas por las Cortes a propuesta del Ejecutivo³⁹; es decir, el mismo instrumento normativo debe emplearse para la aprobación y para la modificación presupuestaria.

V. LA CONVALIDACIÓN PARLAMENTARIA DEL DECRETO-LEY

Por último, quisiéramos dejar constancia de otra particularidad más del Decreto-ley 11/2004, esta vez en relación a la convalidación parlamentaria. La provisionalidad que caracteriza a la legislación gubernamental de urgencia ve su fin con el pronunciamiento del Congreso de los Diputados sobre su convalidación o derogación, según lo establecido en el artículo 86.2 de la Constitución. Este trámite de convalidación, a través del cual la Cámara Baja realiza un control político del Decreto-ley, pese a su denominación no tiene —como ha advertido la doctrina— el significado de «dar validez» a una norma que por naturaleza no fuera a subsanar los vicios que *per se* presenta, sino que el Decreto-ley es una norma perfectamente válida desde su publicación sin que, por el mero hecho de haber sido emanada del Ejecutivo, adolezca de vicios que hayan de ser corregidos con la intervención parlamentaria. Como señala Santolaya Machetti, «simplemente da carácter definitivo a un acto en principio provisional, por lo que resulta más adecuado utilizar los términos “ratificación” u “homologación”»⁴⁰.

³⁹ «Un Decreto-Ley no puede, por su propia naturaleza, modificar la Ley de Presupuestos Generales del Estado» afirma enérgicamente López Garrido en su crítico examen al Decreto-ley 1/1992, de 3 de abril, cuya Disposición Derogatoria deroga el art. 72.5 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, efectuado en «Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 1/1992, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, p. 46.

⁴⁰ Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 204.

El acuerdo de convalidación o derogación del Decreto-ley por el Congreso de los Diputados debe producirse en el plazo de «los treinta días siguientes a su promulgación», según reza el Texto Constitucional. El problema está en la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo que, como con acierto ha indicado Astarloa Huarte-Mendicoa, «viene enunciado de forma errónea, pues, ni este tipo normativo se promulga propiamente en el sentido del artículo 91, ni puede tal momento fijarse como fecha de referencia, dado que ello llevaría a supuestos absurdos como el de convalidar un Decreto-ley no urgente por no publicado o el de dejar transcurrir el plazo de convalidación sin conocimiento del Congreso»⁴¹.

Tomando en consideración que en nuestro ordenamiento —a diferencia del italiano— no existe la obligación del Gobierno de remitir el Decreto-ley al Congreso de los Diputados para su ulterior convalidación, aunque la propia dinámica de las relaciones interinstitucionales así lo aconsejen, es lógico que el *dies a quo* del cómputo del plazo sea la publicación del Decreto-ley en el *Boletín Oficial del Estado*. Así se deduce del artículo 151 del Reglamento de la Cámara Baja, al señalar en su apartado primero *in fine* que «en todo caso, la inserción en el orden del día de un Decreto-ley, para su debate y votación, podrá hacerse tan pronto como hubiere sido publicado en el *Boletín Oficial del Estado*».

Esta solución⁴² es coherente con la tesis expuesta más arriba acerca de la publicación como dato determinante de la validez y existencia de las normas jurídicas y, por otra parte, evita el inconveniente del ordenamiento italiano al no dejar en manos del Gobierno la comunicación del Decreto-ley con el consiguiente riesgo de reducción —deliberada o no— del plazo de convalidación.

Entendidas así las cosas, hay que hacer notar que en el trámite de convalidación del Decreto-ley 11/2004 no se han respetado los plazos reseñados teniendo en cuenta que la convalidación del citado Decreto-ley se produjo en la sesión plenaria celebrada el día 28 de diciembre de 2004, fecha en que tuvo lugar la publicación de la norma. Sin embargo, el cómputo del plazo, al ser un plazo señalado por días, debiera iniciarse desde el día siguiente al de la publicación, esto es, desde el día 29 de diciembre⁴³.

⁴¹ Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, pp. 142 y 143.

⁴² A esta misma tesis ha llegado la doctrina. Verbigracia Pablo Santolaya Machetti considera que la publicación del Decreto-ley en el *Boletín Oficial del Estado* «es el único requisito necesario e imprescindible para que comience el plazo de treinta días para que el Congreso de los Diputados complete su labor de control convalidando o derogando la norma del Gobierno y para que se inicie la tramitación como Ley del Decreto convalidado», en *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

⁴³ A esta circunstancia parece referirse, aunque de modo no explícito, el representante del Grupo Parlamentario Popular en su intervención durante la sustanciación del debate de convalidación. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 62, de 28 de diciembre de 2004, p. 2989.

La misma situación se produce en relación al Decreto-ley 10/2004, de 23 de diciembre, por el que se amplía el plazo de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo, publicado igualmente el 28 de diciembre de 2004 y convalidado en la misma fecha conjuntamente con el Decreto-ley 11/2004. Ambos Decretos-leyes son los únicos de la presente legislatura que han sido convalidados en la misma fecha de la publicación. Todos los demás lo han sido con posterioridad a su inserción en el *Boletín Oficial del Estado*.

En definitiva, como de las reflexiones efectuadas se desprende, y siguiendo la diferenciación kelseniana, el «ser» y el «deber ser» no siempre discurren por el mismo cauce. Por fortuna son pocos los supuestos en los que no confluyen, pero la meta a alcanzar es la coincidencia plena. Para ello el primer paso es la constatación de tal divergencia, a lo que las líneas anteriores pretenden contribuir.