

TÉCNICA CONTROVERTIDA: DECRETO-LEY *VERSUS* LEY ORGÁNICA

Carmen Yolanda VALERO FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Penal
en el Título Propio de Seguridad Privada
Facultad de Derecho.
Universidad Complutense de Madrid
cy.valero@telefonica.net

La publicación del Real Decreto-ley 10/2018 (BOE de 25 de agosto) modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil (1936-1939) y la Dictadura (1939-1975)¹.

Este decreto-ley instaura como deber del legislador y cometido de la ley «consagrar y proteger el derecho a la memoria personal y familiar como expresión de plena ciudadanía democrática, así como promover el conocimiento y la reflexión sobre nuestro pasado, para evitar que se repitan situaciones de intolerancia y violación de derechos humanos como las vividas durante la contienda y la represión posterior». El poder ejecutivo prescinde del principio de reserva de ley (art. 81 CE) en materia que afecta a la dignidad de las personas (art. 10 CE) y procede como legislador a través de esta técnica reservada a situaciones extraordinarias, con carácter provisional a falta de ratificación parlamentaria inmediata².

La utilización del decreto-ley, norma reglamentaria emanada del poder ejecutivo reservada a supuestos de extrema y urgente necesidad, desde una posición estrictamente jurídica, supone una vulneración del principio de legalidad por la flagrante deficiencia técnica legislativa utilizada,

¹ El decreto-ley es norma excepcional y presupone la existencia de una necesidad justificadora respecto de situaciones concretas que requieran una acción normativa inmediata.

² Vid. E. ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191 (2013), p. 349. No es solo que el poder ejecutivo ocupe el espacio propio del legislativo dictando normas que afectan a derechos y obligaciones con carácter general fuera de los estrechos parámetros constitucionales en los que se consideró justificada esta situación; lo más grave, sin duda, es que se pueden ver afectados derechos individuales sin la garantía o el contrapeso del control del poder judicial.

que viene a rememorar un conflicto reiniciado con la promulgación de la Ley 52/2007³.

Desde la perspectiva de sucesión de leyes en el tiempo, la trascendencia que implica este decreto-ley resulta un acto de poder sin previo consenso por parte de las diferentes fuerzas políticas que vulnera la regla *tempus regit actum* y retrotrae hasta el pasado una decisión de Estado para hechos que se dieron por finalizados políticamente.

Con esta forma de proceder en el ámbito de las fuentes del Derecho no se hace más que generar confusión e inseguridad jurídica⁴.

La ley, declaración escrita del principio de legalidad, se encuentra investida de legitimación político-constitucional directa que dimana del poder legislativo. Como disposición normativo-formal es estricta por su estructura y el procedimiento de elaboración, y responde a exigencias de certeza y seguridad jurídica. Es, en definitiva, instrumento eficaz contra el *ius incertum* que permite conocer las consecuencias de sus actos⁵.

El poder de la ley se traduce, en el ámbito normativo, en la superioridad del Parlamento frente al poder ejecutivo y la judicatura. Estamos en un Estado democrático de Derecho sometido al «imperio de la Ley»⁶. La doctrina mayoritaria, con apoyo en el art. 81 de Constitución española, reclama la necesidad de que se realice a través de ley orgánica la formulación de normas relativas al desarrollo de derechos fundamentales y liber-

³ El Tribunal Constitucional no habilita esta vía procesal para poder defender los derechos individuales supuestamente vulnerados por una norma de carácter singular. La manera de impedir que estas situaciones vuelvan a darse es impidiendo que se pueda hacer uso de la potestad de dictar normas con rango de ley por parte de los Ejecutivos. Si este límite ha sido afirmado con contundencia respecto a las leyes ordinarias, más firmeza hay que mostrar respecto a la utilización en idénticas circunstancias singulares del decreto-ley. Todavía la ley ordinaria singular para su aprobación tiene que pasar por el procedimiento legislativo. Con el decreto-ley, el paso por el Parlamento es más testimonial que otra cosa y la vulneración de los principios constitucionales señalados más flagrante aún.

⁴ Vid. E. ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del decreto-ley», *op. cit.*, p. 346. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2011 anuló el Real Decreto-ley 4/2000, que modificó la Ley del Suelo de 1998, por considerar que los decretos-leyes no son la herramienta jurídica adecuada para llevar a cabo este tipo de modificaciones en materia urbanística.

⁵ Vid. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. II, 5.ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 770. Solo una norma procedente del poder legislativo, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social, puede limitar la sagrada libertad del individuo, definiendo delitos y estableciendo penas.

⁶ Vid. M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 67 y ss. Garantiza la certeza y seguridad jurídica que el ciudadano reclama; exige una ley previa, escrita y estricta, que le permita conocer las consecuencias de sus actos, y expresa la libertad y la igualdad.

tades públicas, en cuanto prohíben conductas, limitan la libertad individual y afectan al honor⁷. La STC 8/1981 situaba la legalidad penal en el art. 25.1 del texto constitucional como derecho subjetivo fundamental que posibilita su control a través del amparo⁸.

Las normas con rango de ley gozan del carácter de generales y abstractas y vocación de permanencia por cuanto regulan situaciones indeterminadas. Los ciudadanos aceptamos que se afecten nuestros derechos y obligaciones porque lo hace el Parlamento como depositario de la soberanía nacional y porque es una situación que afecta a todos los ciudadanos por igual, evitando supuestos concretos o singulares.

La técnica legislativa utilizada por el Ejecutivo, el decreto-ley, no se ajusta, por razón de la materia, al principio de reserva de ley ni al de jerarquía normativa⁹. Pervierte el principio de división de poderes que aporta equilibrio en el ejercicio del *imperium* estatal. Exceso legislativo que desconcierta a la doctrina ante la promulgación de esta disposición que afecta a derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en el título I del texto constitucional sin reserva de ley orgánica¹⁰.

⁷ Art. 81: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto». *Vid.* M. COBO DEL ROSAL y M. QUINTANAR DÍEZ, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, p. 130, y R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 39. La reserva de ley hace referencia a la preeminencia de la ley en relación con otros actos jurídicos de cualquier poder público, incluido el judicial, y contribuye a la garantía de libertad individual, limitando las posibilidades de un ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado.

⁸ *Vid.* R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, *op. cit.*, pp. 115 y ss. Cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquella (STC 52/2003, de 17 de marzo). También *vid.* STC 34/1996, de 11 de marzo, Sala Penal, ponente: Rafael Mendizábal de Allende.

⁹ El decreto-ley tiene algunos precedentes fragmentarios en el constitucionalismo español del siglo XIX en regímenes de interinidad, siendo la forma habitual de legislar en la dictadura de Primo de Rivera y del general Franco, incluso en materia penal. Su constitucionalización se introduce en el art. 80 del texto de 1931 con carácter provisional, para cuando no se hallare reunido el Congreso y exigiendo acuerdo unánime del Gobierno y aprobación de dos tercios de la Diputación Permanente «en los casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República», y quedaba limitada su vigencia al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia.

¹⁰ *Vid.* E. ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del decreto-ley», *op. cit.*, pp. 338 y ss. La alteración constitucional a la hora de legislar tiene consecuencias graves para el ordenamiento jurídico y, sobre todo, para nuestra concepción de Estado de Derecho, por cuanto se pervierte el principio de división de poderes que aporta equilibrio en el ejercicio del *imperium*

La llamada «memoria histórica» importa principalmente a los españoles que padecieron los efectos de la Guerra Civil, marcada por varias facetas en la que ambos bandos cometieron y se acusaron recíprocamente de perpetrar graves crímenes en frentes y retaguardias. Sin embargo, los hechos históricos están ahí, forman parte de la historia y es ahí donde deben quedarse para obviar la estéril discusión política actual¹¹.

El *ius puniendi* del Estado o derecho a establecer normas, evitar la realización arbitraria del propio Derecho, la justicia privada, la venganza o la violencia legítima no permite ejercer una justicia de parte o autotutela. En Derecho impera la regla general *tempus regit actum*, que abarca todas las jurisdicciones e imposibilita volver hacia el pasado. Tutelada bajo los principios de legalidad y seguridad jurídica, prohíbe dictar leyes desfavorables con efectos retroactivos y aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (art. 9.3 CE).

España dio por finalizada aquella situación de manera democrática con un amplio refrendo social a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política, cuyo contenido diseñaba la nueva estructura democrática de nuestro país: *monarquía parlamentaria, bicameralismo, propósito constituyente, tramitación de leyes, regulación básica del referéndum y proponía la*

estatal. Junto a esta distorsión, si se quiere teórica, en muchas ocasiones se está atentando de forma peligrosa contra los derechos de los ciudadanos al entrar a regularse situaciones individuales y singulares a través de normas con rango de ley. Vid. J. SALAS HERNÁNDEZ, «Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 51 (1966), pp. 45 y ss. El concepto de urgencia no supone en el Gobierno una facultad discrecional para señalar en cada caso si existe o no urgencia. Estamos ante un «concepto jurídico indeterminado». Con el decreto-ley tratan de alcanzarse fines concretos que no tendrían ya interés alguno en conseguirse si se deja transcurrir el tiempo, de modo que no pueden ponerse en conexión con la situación que los exige. Un criterio válido para nuestro Derecho es el de que no hay urgencia cuando la situación pueda esperar a verse regulada por una ley votada en Cortes.

¹¹ Vid. M. OREJA AGUIRRE, «¿Qué memoria histórica?», *ABC Opinión*, 27 de marzo de 2018. A partir de la Ley para la Reforma Política de 1976, a iniciativa de Adolfo Suárez, que abrió el camino a las elecciones de junio de 1977, se aprobaron la Ley reguladora del Derecho de Asociación Sindical y el ingreso de España en el Consejo de Europa con el respaldo de todas las fuerzas políticas, cuyos representantes acudieron a Estrasburgo a dar testimonio de su compromiso democrático. Se firmó el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y se aprobó la Constitución por una abrumadora mayoría. La voluntad reconciliadora que estuvo constantemente presente a lo largo de toda la Transición tuvo un broche muy significativo en la Declaración del Ejecutivo socialista presidido por Felipe González el 18 de julio de 1986 con motivo del 50 aniversario del inicio de la Guerra Civil, en la que el Gobierno se felicita de que España hubiera recobrado las libertades que quedaron bruscamente interrumpidas en 1936 y, huyendo de cualquier actitud mezquina o rencorosa, recordó con respeto a los luchadores de ambos bandos, muchos de los cuales sacrificaron su vida en el afán de una España mejor.

convocatoria de elecciones, y a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, promulgada el 17 de octubre, que incluía presos políticos y un amplio espectro de delitos como rebelión, sedición y denegación de auxilio cometidos antes del 15 de diciembre de 1976, con el objetivo de eliminar efectos jurídicos que pudieran hacer peligrar la consolidación del nuevo régimen, resolviendo diferencias existentes entre ciudadanos de ambos bandos.