

Los decretos de urgencia en el Perú

CÉSAR LANDA*

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN
2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LOS DECRETOS DE URGENCIA
3. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS DECRETOS DE URGENCIA
 - 3.1. El decreto de urgencia en autocracia
 - 3.2. El decreto de urgencia en democracia
 - A) Control del Tribunal Constitucional
 - B) Control del Parlamento
4. PARÁMETROS CONSTITUCIONALES DE CONTROL

1. PRESENTACIÓN

Mientras que la Constitución de 1979 inició la práctica y el debate jurídico en torno de los decretos de urgencia, la Constitución de 1993 los consagró normativamente. En ambos períodos constitucionales, dichos decretos se convirtieron en un cómodo instrumento del presidencialismo para la dirección política y la gestión presidencial sobre temas —la mayoría de las veces— aplazables e innecesarios, tal como lo muestran algunos trabajos dogmáticos¹ y la investigación empírica.²

* *Catedrático de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

Agradezco la colaboración de mi asistente académica Claudia Del Pozo.

¹ BERNALES, Enrique. *Relaciones peligrosas. El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979*. Lima: ICS Editores, 1996, pp. 149 y ss.; asimismo, EGUIGUREN, Francisco. «Legislación delegada y los decretos de ur-

Lo cierto es que la experiencia del uso y abuso en la expedición de estos instrumentos legales extraordinarios y con fuerza de ley por parte del presidente Belaúnde (1980-1985), del presidente García (1985-1990) y del presidente Fujimori (1990-1992) fue *in crescendo* hasta desembocar en el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992. En rigor, lo que se produjo en la década de los ochenta fue un acelerado proceso de mutación constitucional de las *medidas extraordinarias* en decretos de urgencia, hecho que produjo una separación entre el derecho constitucional y la realidad constitucional.³

En ese sentido, se puede decir que durante la vigencia de la Constitución de 1979 en el Perú, el Poder Ejecutivo legisló tanto o más que el Congreso. Así, durante el gobierno de Belaúnde, se dictaron 667 Decretos de Urgencia y 348 Decretos Legislativos, mientras que el Congreso sólo dictó 1080 Leyes; durante el gobierno de Alan García, se dictaron 1033 Decretos de Urgencia y 263 Decretos Legislativos, mientras que el Congreso sólo dictó 980 Leyes; y, durante el gobierno constitucional de Fujimori (regido por la Constitución de 1979), se dictaron 562 Decretos de Urgencia y 156 Decretos Legislativos, mientras que el Congreso sólo dictó 140 Leyes.

En relación con este tipo de instrumentos legales utilizados por el Poder Ejecutivo peruano, los regímenes parlamentarios de países como España e Italia regulan la figura de los decretos de urgencia o decreto-ley, como así denominan a este instituto.⁴ En estas regulaciones, «lo ca-

gencia en la Constitución de 1993». En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 10*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1993, pp. 183 y ss.

² RUÍZ MOLLEDA, Juan Carlos, *El control parlamentario de los decretos de urgencia*. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998; CASTILLO, César. *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993*. Tesis (Lic.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996; y VELAZCO, Ana. *La Constitución Peruana de 1979 atribuciones legisferantes de los órganos ejecutivo y legislativo*. Tesis (Br.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

³ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El régimen constitucional de los decretos-leyes*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 270; HUARTE-MENDIOCA, Astarloa. «Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español». *RAP*, n.º 106, enero-abril, 1985, pp. 97 y ss.

⁴ Para conocer la experiencia europea de la actividad legislativa del Gobierno, revisar la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 32, 1997, que ofrece estudios del derecho comparado (Pizzorusso), así como sobre los casos de Francia (Favoreu), de Italia (Paladin, Baudrez) y de España (Diez-Picazo). Al respecto y a manera de ilustración se puede mencionar que, mientras en el primer semestre de 1994 en Italia se dictaron 400 decretos de urgencia, en Francia, en casi cuarenta años, solo se dictaron 170. SANTOLAYA MACHETTI, *op. cit.*, p. 232; CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)*. En: BAR CEN-

racterístico del decreto-ley es, ante todo, el hecho de ser una norma con fuerza de ley que emana directamente del Gobierno y sobre la que el Parlamento sólo se pronuncia a posteriori».⁵ Esta característica confiere, a estos instrumentos, un carácter extraordinario, dado que no es una competencia propia del Poder Ejecutivo ejercer la facultad legislativa.

Sin embargo, cabe mencionar que, durante el segundo mandato presidencial de Fujimori, entre el 28 de julio de 1995 y el 31 de julio de 1998, el Congreso sólo dictó 270 Leyes, mientras que el Ejecutivo aprobó 230 Decretos de Urgencia y 105 Decretos Legislativos.⁶ De este modo, se confirma el abuso de la legislación de urgencia y delegada, que, en la práctica, no estuvo sujeta a control (ver Cuadro n.º 1).

Cuadro n.º 1

LEGISLACION DEL PODER EJECUTIVO Y EL CONGRESO

	F. Belaúnde 1980-1985	A. García 1985-1990	A. Fujimori 1990-2000	V. Paniagua 2000-2001	A. Toledo 2001-2002*	Totales
Dec. Urgencia	667	1 033	1 655	120	74	3 549
Dec. Legislativo	348	263	303	12	—	926
Leyes	990	848	1 373	139	234	3 584

* Hasta el 28 de junio del 2002.

Fuente: Diario Oficial *El Peruano*

Elaboración: César Landa

Por eso, el 9 de febrero de 1992, el Congreso dictó la Ley n.º 25397 (Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente), en la que se establecieron los parámetros del control parlamentario sobre los decretos de urgencia, entre otras normas legales expedidas por el Presidente.⁷ Dicha Ley fue uno de los pretextos para el autogolpe de Fujimori el 5 de abril de 1992, en la medida en que suponía el control de los excesos le-

DON, ANTONIO; JOSÉ RAMÓN MONTERO; JAVIER PÉREZ ROYO; PETER SCHNEIDER; JORDI SOLE TURA; ENRICO SPAGNA MUSSO; y OTROS. *El Gobierno*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1985, pp. 145 y ss.

⁵ PÉREZ ROYO, JAVIER. *Las fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 102; asimismo, HUARTE MENDIOCA, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

⁶ Diario «La República». *Decretos vs. Leyes*, en edición del domingo 25 de octubre de 1998.

⁷ DELGADO GUUMBES, CÉSAR. «El debate parlamentario de la Ley n.º 25397». *Pensamiento Constitucional*, Año 1995, Publicación de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 278-286.

gisferantes del presidencialismo. Desde entonces, su aplicación ha devenido en nula, aun cuando el Congreso estableció, en su Reglamento, tres artículos sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia (art. 91º), así como de los decretos legislativos (art. 90º) y los tratados simplificados del Poder Ejecutivo (art. 92º).

En consecuencia, resulta necesario identificar cuál es la posición constitucional de los decretos de urgencia como instrumento legislativo del presidencialismo. Al respecto cabe mencionar que, mientras que el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) se pronunció sobre la materia, el Tribunal Constitucional (TC) apenas ha tenido la oportunidad de fijar su criterio jurisprudencial. Sin embargo, este hecho no es impedimento para abordar el tema de los decretos de urgencia en el derecho constitucional peruano de cara a su regulación a la luz del derecho constitucional.⁸

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LOS DECRETOS DE URGENCIA

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, se expidieron 2262 Decretos de Urgencia, pero el TGC solo sentenció sobre la constitucionalidad de un Decreto de Urgencia. Su sentencia, además, desestimó la acción de inconstitucionalidad planteada bajo el argumento de que el TGC carecía de competencia constitucional para resolver una acción de dicho tipo contra un decreto de urgencia.⁹

La Constitución de 1979, al tratar las atribuciones del Presidente de la República, establecía, en su art. 211º, inciso 20, que este podía «dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, y con cargo a dar cuenta al Congreso». En el marco de esta potestad presidencial y acordadas las radicales medidas económicas adoptadas por el Gobierno para controlar la hiperinflación, el 17 de agosto de 1990, el recién electo presidente Fujimori dictó el Decreto Supremo n.º 057-90-TR, que prohibía el incremento de los

⁸ BADENI, Gregorio, «Los decretos de necesidad y urgencia». *El Derecho*, n.º 138, Buenos Aires, 1990, pp. 926 y ss., asimismo, PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del derecho...*, pp. 104-107.

⁹ TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo n.º 057-90-TR*, Arequipa, 3 de octubre de 1990.

salarios y la mejora de las condiciones de trabajo para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas, los mismos que, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, habían logrado indexar el aumento de salarios de los trabajadores al costo de vida. Este hecho hizo que 20 Senadores interpusieran una acción de inconstitucionalidad.

Los demandantes cuestionaron el Decreto presidencial por cuanto violaba el derecho a la protección al trabajo, consagrado en el art. 42° de la Constitución; y el derecho a la negociación colectiva, consagrado en el art. 52°. En consecuencia, demandaban que, por vía del control difuso de constitucionalidad de la leyes establecido en el art. 236° de la Constitución, el TGC declarase la inconstitucionalidad del mencionado Decreto. Sin embargo, no cuestionaron temas centrales para la dación de las *medidas extraordinarias*, tales como los referidos a si se cumplía el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario y urgente, así como la naturaleza económica y financiera directa —no indirecta— de la medida, y si era de interés nacional la restricción de los salarios de un sector de los trabajadores del Estado.

El TGC falló en mayoría por siete votos conformes —con sólo un voto discrepante y dos votos concurrentes— por la inadmisibilidad de la mencionada acción el 3 de octubre de 1990. Sus fundamentos constitucionales fueron estrictamente positivistas y se derivaron de una interpretación literal y restrictiva de la norma constitucional. Así, la mayoría de los Magistrados razonó de la siguiente manera: de conformidad con el art. 298°, inciso 1, de la Constitución de 1979, solo se puede «declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo»¹⁰ y, como en esta enumeración taxativa no era posible incoar una acción de inconstitucionalidad contra un decreto supremo de urgencia —dictado al amparo del artículo 211°, inciso 20, de la Constitución de 1979—, la mayoría de los Magistrados constitucionales opinó que el TGC estaba impedido de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del Decreto Supremo n.º 057-90-TR.

Sin embargo, la sentencia del TGC no consideró ni siquiera el hecho de que el Decreto Supremo incoado fue dictado como una medida extraordinaria en materia económica y financiera, así como tampoco

¹⁰ *Ibid.*, p. 2.

tomó en cuenta que dicha medida se dictaba en mérito del interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso, tal como disponía el artículo 211º, inciso 20, de la Constitución de 1979.¹¹ En otras palabras, los magistrados del TGC prefirieron, frente a la paradoja de encontrarse ante un decreto supremo por la forma pero con fuerza de ley por sus efectos, ignorar el problema constitucional planteado y denegar de plano la admisibilidad de dicha acción de inconstitucionalidad. Este hecho constituyó una posición aislada en la doctrina.¹²

No obstante la falta de argumentación constitucional sobre la naturaleza del mencionado artículo de la Constitución de 1979, hubo dos votos singulares o *concurring opinions* que fueron más explícitos en denegar la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad del mencionado Decreto Supremo de Urgencia en el TGC.

El primer voto concurrente fue el del magistrado Diez-Canseco. Este opinó en el sentido de que los decretos supremos de urgencia, no obstante esta última condición, debían ser incoados vía la acción popular en un procedimiento ordinario ante el Poder Judicial. Este proceso de acción popular se interpone, antes como ahora, contra los reglamentos y contra las resoluciones de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales, y demás personas de derecho público. Asimismo, este voto singular observó que el TGC tampoco podía pronunciarse aun cuando el decreto en cuestión tuviera fuerza de ley por cuanto la acción popular era el proceso adecuado. Sobre el tema de la fuerza de ley de los decretos supremos de urgencia, el magistrado Diez-Canseco no se pronunció.¹³

El otro voto concurrente fue el del magistrado Pelayo Samanamud. Este también reconoció que la acción popular ante la vía judicial ordinaria era el proceso adecuado para incoar un decreto supremo de urgencia, pero, desde una interpretación sistemática, se pronunció en el sentido de que el mencionado decreto carecía de fuerza de ley y de que, en todo

¹¹ CANTUARIAS, Luis y OQUENDO, Sergio. «Acerca de los decretos llamados de urgencia». *Derecho*, n.º 45, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 351-418; asimismo, PLANAS, Pedro. «Decretos de urgencia y medidas extraordinarias». *Ius et Praxis*, n.º 7, Universidad de Lima, 1993, pp. 133-158.

¹² RUBIO, Marcial. «El sistema legislativo en la Constitución de 1993». En: AA.VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales n.º 10*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 175; asimismo, EGUIGUREN, Francisco. «Funciones legislativas del Poder Ejecutivo». EGUIGUREN, F (ed.). *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cuzco, 1987, p. 443 y p. 451.

¹³ TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Op. cit.*, pp. 3 y ss.

caso, las normas o actos jurídicos —como el convenio colectivo— con fuerza de ley eran jerárquicamente inferiores a la ley, en la medida en que la *ratio legis* del artículo 211º, inciso 20, de la Constitución no les otorgaba expresamente ese carácter.

Sin embargo, cabe recordar que dicho Decreto dejaba sin efecto los convenios colectivos de trabajo que habían indexado automáticamente el incremento de los salarios al costo de vida, a pesar de que el art. 54º de la Constitución de 1979 establecía que «los convenios colectivos de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley entre las partes». Este hecho suponía que el Decreto Supremo dado al amparo de las medidas extraordinarias constitucionales deviniese en una norma con fuerza de ley, característica propia de las normas legales sobre las cuales el TGC era competente para ejercer su jurisdicción constitucional.

Finalmente, el único voto discrepante o *dissenting opinion* fue el del magistrado Efraín Espinal. Este manifestó su opinión a favor de la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad del mencionado Decreto Supremo de Urgencia sobre la base de una interpretación basada, fundamentalmente, en la doctrina nacional sobre la materia.¹⁴ En efecto, el Magistrado argumentó que, si bien era cierto que la norma cuestionada tenía la forma de decreto supremo, le alcanzaba la fuerza y el efecto de una ley, y en ese sentido, constituía materia a juzgar por el TGC como órgano de control de la Constitución.

Más aún, en su voto discrepante, el Magistrado interpretó sistemáticamente el artículo 211º, referido a las atribuciones del Presidente de la República, en el sentido de que era imposible admitir que el inciso 20 de dicho artículo reitera la facultad reglamentaria de dictar decretos supremos reconocidos en los incisos 11 y 20 del artículo 211º; de modo que, siguiendo el razonamiento del Magistrado, cabe entender que se trataba de dos normas distintas: por un lado, los decretos de urgencia del inciso 20 y los decretos legislativos del inciso 10, que gozaban de una naturaleza jurídica legislativa; y, por otro lado, los simples decretos supremos. Los primeros configuraban una actividad legislativa propia del Presidente, mientras que los segundos eran producto de la actividad administrativa del mismo.¹⁵

¹⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La Constitución en el péndulo*. Arequipa: UNSA, 1996, p. 98 y ss.; EGUIGUREN, *op. cit.*, pp. 433 y ss.; LANDA, César. «El Control parlamentario». En: Diario *La República*, edición del 24 de septiembre de 1990.

¹⁵ TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Op. cit.*, pp. 8 y ss.

En consecuencia, se puede señalar que el TGC se autolimitó al interpretar, positivamente, la Constitución con el fin de desconocer la existencia constitucional de los decretos de urgencia y, en todo caso, negar su carácter de fuerza de ley. Este hecho no fue óbice para que, en un voto singular discrepante, se reconociese la existencia constitucional de los mismos en virtud de una interpretación sistemática de la Constitución. No obstante, la interpretación mayoritaria de los Magistrados del TGC aseguró la ausencia de control constitucional para los decretos de urgencia del Presidente.

Cabe señalar que, durante dicho período, no se llegó a realizar un control parlamentario de dichas medidas extraordinarias —no obstante la dación de cuenta—, debido a que no hubo la conciencia constitucional del significado e implicancias de las mismas en el sistema jurídico nacional. Por el contrario, las imperiosas necesidades gubernamentales —no todas en materias económico-financieras— legitimaban la expedición de dichas medidas extraordinarias por parte del Gobierno —que, de este modo, justificaba su accionar— y la ausencia de control parlamentario por parte de la mayoría parlamentaria.

Sin embargo, lo ocurrido puso en evidencia el uso y abuso en la expedición de los decretos supremos del art. 211º, inciso 20, de la Constitución de 1979. Entre otros, este fue el motivo por el que, en febrero de 1992, el Congreso, compuesto por partidos políticos plurales ideológicamente (dos de ellos con experiencia de gobierno —Acción Popular y el APRA—), aprobó, en aras de regular el control parlamentario, la Ley n.º 25397, llamada Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República.¹⁶ Esta norma regulaba la expedición de los decretos de urgencia, los decretos legislativos, los decretos que establecían los estados de emergencia y los decretos de aprobación de los tratados simplificados.

La regulación anterior nunca pudo hacerse efectiva, debido a que, tres semanas después, el ex presidente Fujimori realizó un auto-golpe de Estado. En su manifiesto dictatorial del 5 de abril de 1992, acusó al Parlamento de haberse convertido en uno de los grandes obstáculos a la reconstrucción nacional, dado que «la actitud irresponsable y negativa de los parlamentarios no respeta, tampoco, los mandatos constitucionales, los cuales son violados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley n.º 25397, denominada Ley de Control Parlamen-

¹⁶ DELGADO GUEMBES, *op. cit.*, pp. 263-297.

rio sobre lo actos normativos del Presidente de la República, que pretende maniatar a este, recortándole atribuciones elementales para gobernar. Esto en aspectos tan importantes como la política económica o la lucha antiterrorista [...]».¹⁷

Como es de entender, un régimen presidencialista sin una vocación democrática de su líder se deslizó fácilmente hacia un régimen dictatorial; de allí que el Gobierno ya no necesitó dictar los llamados decretos supremos extraordinarios, sino que, al clausurar el Congreso y convertirse en un Gobierno de facto, legisló a través de decretos leyes, dictados por el Presidente y su Consejo de Ministros. Claro está que, contra los 747 Decretos Leyes dictados por la dictadura de entonces, no existió posibilidad alguna de realizar tampoco el control judicial, habida cuenta de que el régimen clausuró el TGC. Ello fue así hasta que el Gobierno se vio compelido a llamar a elecciones populares para elegir una Asamblea Constituyente y someter una nueva Constitución a un discutido referéndum popular.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS DECRETOS DE URGENCIA

La Constitución de 1993 ha establecido en su art. 118º, inciso 19, que corresponde al Presidente de la República «dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia»; y, en el artículo 74º, que «los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria [...]».

Al dejar indeterminados en la norma suprema los conceptos «carácter extraordinario», «interés nacional» y «materia económica o financiera», los mencionados artículos son de carácter abierto y permiten un uso discrecional de aquellos.¹⁸ La indeterminación señalada permite traspasar fácilmente el principio de división de poderes, por cuanto su interpretación queda a merced de la discreción del Presidente de la República.

¹⁷ FUJIMORI FUJIMORI, Alberto. *Manifiesto a la Nación. 5 de abril de 1992*, Diario *La República*, edición del 6 de abril de 1992, p. 4.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 219 y ss.

Por otro lado, el constituyente ha dispuesto expresamente en el artículo 200º, inciso 4, de la Constitución que, contra las normas con rango de ley (como el decreto de urgencia), cabe interponer una acción de inconstitucionalidad, cuando violan la Constitución por el fondo o por la forma. Asimismo, el artículo 135º ha dispuesto que, cuando el Presidente disuelva el Congreso por haber negado confianza a dos Consejos de Ministros, el Poder Ejecutivo legislará, en ese interregno, mediante decretos de urgencia hasta por cuatro meses.

Estas normas otorgan, a los decretos de urgencia, rango de ley pero, también, fuerza de ley.¹⁹ De este modo, los mismos gozan de los atributos fundamentales de una ley, aunque estén reducidos a materias económicas y financieras. Además, esta última limitación no impide que se hayan constituido en el instrumento por excelencia de los regímenes presidenciales y que hayan llegado a ser abusivamente utilizados en los últimos veinte años, dado el carácter abierto de las normas que los regulan.

3.1. DECRETOS DE URGENCIA EN AUTOCRACIA

Durante el período de gobierno de Fujimori, entre julio de 1990 y noviembre del 2002, se dictaron 1655 Decretos de Urgencia —además de 303 Decretos Legislativos—, mientras que el Congreso dictó, en ese mismo período, solo 1373 leyes (ver Cuadro n.º 1). Este hecho se debió, fundamentalmente, a la falta de lealtad del entonces presidente Fujimori con el Estado constitucional y los intereses nacionales.

A pesar de las aberrantes irregularidades producidas en relación con los decretos de urgencia (como en el caso de aquellas normas que no fueron publicadas en el Diario Oficial *El Peruano* al ser consideradas arbitrariamente como secretas por el Gobierno),²⁰ ninguno de ellos fue declarado inconstitucional por el TC durante este período, no obstante lo dispuesto tanto en el art. 118º, inciso 19, de la Constitución (que obliga al Presidente a dar cuenta de los decretos de urgencia al Congreso y a este, a tomar cuenta de los mismos) como en el 200º, inciso 4, de la Constitución (que faculta a interponer la acción de inconstitucionalidad

¹⁹ SANDULLI, Aldo. «Legge, forza di legge, valore di legge». *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Año VII, Milano, 1957, pp. 269 y ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Los controles de la legislación delegada*. Madrid: CEC, 1995, pp.109 y ss.; asimismo, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley». *RAP*, n.ºs 100-102, pp. 417 y ss.

²⁰ CASTILLO, *op. cit.*, pp. 455 y 459-460.

ante el TC contra los decretos de urgencia que violen la Constitución por la forma o por el fondo).

Así, pues, se puede afirmar que, durante la década pasada, no se produjo control parlamentario alguno; no obstante que el art. 91° del Reglamento del Congreso había dispuesto, escuetamente, el procedimiento respectivo. Esta ausencia de control se debió a que la mayoría parlamentaria de entonces fue renuente a disponer un efectivo control sobre dichas normas legales del Presidente, aunque fuesen inconstitucionales.

A pesar de los Decretos de Urgencia dictados entre 1993 y 2000, el control efectivo no se aplicó en ningún caso, y solo operó un silencio convalidante de la mayoría parlamentaria. De este modo, el Parlamento, en el mejor de los casos, procedió a realizar un *control oblicuo*, que consistió en la presentación de proyectos de ley, modificatorios o derogatorios, sobre aquellos decretos de urgencia o, en su caso, decretos legislativos; y evitó así la finalidad y función de la dación de cuenta, que es el control parlamentario directo a los actos normativos del Presidente de la República. Este hecho facilitó el establecimiento de un gobierno de los hombres y no un gobierno de la Constitución.²¹

3.2. DECRETOS DE URGENCIA EN DEMOCRACIA

Solo en la actual etapa de transición democrática, tanto el Congreso de la República como el TC han empezado a ejercitar, a veces débil y difusamente, el control parlamentario y jurisdiccional sobre los decretos de urgencia. Este se ha dado de la siguiente forma:

A) CONTROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Después de que, en 1998, el Poder Ejecutivo aprobara la valorización y los alcances del saldo de la reserva del Sistema Nacional de Pensiones mediante el Decreto de Urgencia n.º 067-98, el Colegio de Abogados de Lima (CAL) presentó una acción de inconstitucionalidad contra del mencionado Decreto, debido a que, a su juicio, este incumplía con los supuestos necesarios para su dación: legislar en materia económica y financiera que tenga carácter urgente y cuando lo requiera el interés nacional.

²¹ SPIRO, Herbert. *Government by Constitution*. New York: Random House, 1959, pp. 361 y ss.

Ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo absolvieron el trámite de contestación de la demanda. Con este motivo, el TC fundamentó su fallo desestimatorio estableciendo como parámetro de control constitucional que las condiciones de validez de los decretos de urgencia, conforme al artículo 118º, inciso 19, de la Constitución, debían ser las siguientes:

«Que los decretos de urgencia tengan el carácter de extraordinario, esto es, que se expidan cuando se presenten situaciones objetivas excepcionales, que obliguen al Ejecutivo, en la administración de la res pública, a emitir una regulación ad hoc, sin seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución y el reglamento parlamentario para la aprobación y sanción de las leyes.

Que versen estrictamente sobre materia económica y financiera, con exclusión de la materia tributaria, por expreso mandato del tercer párrafo del artículo 74 de la Constitución.

Que la norma sea exigida por el interés nacional».²²

Como se desprende de lo anterior, el TC ha planteado, sucintamente, un marco de control jurisdiccional que se basa prácticamente en la literalidad de la norma constitucional sin llegar a establecer un canon razonable, previsible y, por tanto, controlable de interpretación constitucional para la expedición y revisión de los decretos de urgencia.

Si bien se han presentado otras demandas de inconstitucionalidad contra decretos de urgencia, estas han sido desestimadas o no han sido resueltas aún.²³ Por este motivo, el TC tiene pendiente todavía la posibilidad de establecer en su jurisprudencia: 1) ¿qué se debe entender por la necesidad y urgencia de una medida extraordinaria?; 2) ¿cuál es el alcance de la materia económica y financiera?; 3) ¿qué vigencia temporal tienen los decretos de urgencia y cuáles son sus efectos en el tiempo?; 4) ¿cuál es el grado de provisionalidad de los mismos?; y 5) ¿cuáles son los alcances de la fuerza de ley de los decretos en relación con las demás normas legales?

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Decreto de urgencia que aprueba la valorización y alcances del saldo de la reserva de la ONP*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, n.º 45, Lima, junio, 2002, p. 226.

²³ Revisar el portal del Tribunal Constitucional: <http://www.tc.gob.pe>.

B) CONTROL PARLAMENTARIO

Dichas interrogantes tampoco quedan plenamente resueltas con el control parlamentario,²⁴ a pesar de que el Poder Ejecutivo da cuenta al Congreso sobre la expedición de los decretos de urgencia de conformidad con el artículo 118°, inciso 19, de la Constitución y el artículo 91° del Reglamento del Congreso, que establecen, expresamente, los mecanismos automáticos de su control parlamentario.

En efecto, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República debe remitir al Congreso el decreto de urgencia expedido para que la Comisión de Constitución se aboque a dictaminar si versa sobre materia económica o financiera y si se da el supuesto habilitante de «situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extienda constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas». Sin embargo, solo en el caso de que se viole lo prescrito, dicha Comisión se pronunciará y recomendará su derogación al Congreso, que debe aprobarla por ley.²⁵

Así, del análisis sobre los decretos de urgencia emitidos a lo largo del 2002, se pueden observar datos reveladores acerca de la utilización de los mismos en nuestro sistema constitucional.

En relación con la necesidad de que la causa objetiva de los decretos de urgencia corresponda a medidas de emergencia, esta no se ha constatado en todos los casos, ya que las causas que han dado lugar a dichos decretos no siempre han sido originadas por hechos urgentes. En ninguna disposición, ni constitucional ni legal, se delimita lo que podría, en términos generales, considerarse como indicador de una situación urgente.

En el caso del Decreto de Urgencia n.º 017-2002, resulta poco claro que el equilibrio financiero de distritos que han cedido territorio para la creación de un nuevo distrito constituya una situación de urgencia; en todo caso, sería una situación previsible que no puede generar una situación de urgencia, salvo por la propia lenidad administrativa o gubernamental. En ese sentido, no se trata de un supuesto que habilite indirectamente la expedición de los decretos de urgencia.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 134 y ss.; Segura, *op. cit.*, pp. 362 y ss.; HUARTE MENDICOA, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; asimismo, ALVAREZ CONDE, *op. cit.*, pp. 234-235.

²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Reglamento del Congreso de la República*. Lima: Edición Oficial, octubre de 2002.

De esta manera, la calificación de un asunto como urgente da lugar a una valoración subjetiva por parte del Poder Ejecutivo. A su vez, esta será objeto de una valoración —también subjetiva— por parte del Poder Legislativo. En ambos casos, los problemas que se pueden producir parecen ser evidentes: al no tener parámetros claros acerca de la «urgencia» de un tema en particular, el Poder Legislativo podría, en teoría, observar todos los decretos de urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo, ya que —valorativamente— podría considerarse cualquier asunto como no urgente.

Un error común en la formulación de los decretos de urgencia se produce al confundir las situaciones extremas o preocupantes, que requieren una actuación previsible y permanente del Estado en materias como infraestructura o educación, con temas que pueden calificarse de urgentes por su carácter inesperado, es decir, por el impacto de su ocurrencia.

Por otro lado, así como se puede constatar que, en ocasiones, la delimitación de lo que es «urgente» no existe, ha sido pasado por alto la delimitación de uno de los elementos de la urgencia: la imprevisibilidad. De este modo, se emiten decretos de urgencia para solucionar problemas que se han producido por descuidos del legislador —al incumplir con su deber de dar desarrollo a una norma y hacerla, de este modo, inaplicable en la práctica— o en situaciones en que parece no estar justificada objetivamente; precisamente, porque los hechos objetivos que dan lugar a la emisión de dichos decretos constituyen materias que han podido ser previsibles por el legislador.

Si bien es cierto que la facultad de la legislación delegada en manos del Poder Ejecutivo es una prerrogativa constitucional que se le otorga al mismo para que sea capaz de actuar con rapidez en ciertas situaciones de crisis, se debe resaltar el carácter extraordinario de dicha facultad. Es, pues, bastante curioso que el Poder Ejecutivo utilice la legislación delegada para llenar los vacíos que el legislador produce con su inacción.

En cuanto a la peligrosidad que puede verificarse por la situación que necesita ser regulada, esta solo se ha demostrado motivada en casos excepcionales como el del Decreto de Urgencia n.º 003-2002, en el que la actuación de la Administración Pública podría verse entorpecida por la aplicación inmediata de una norma legal que no preveía, originalmente, un periodo de adecuación de sus disposiciones.

Inclusive, el Poder Ejecutivo pretende legislar mediante decretos de urgencia sobre materias que deben ser parte de su actividad diaria, tales como las labores de planeamiento e infraestructura o la implementación

de programas sociales, que, por su propia naturaleza, deben corresponder a un planeamiento legislativo previo a su desarrollo.

Otro defecto que se produce en la expedición de los decretos de urgencia que se han emitido durante el presente año es la mención de la transitoriedad de la norma —de 26 Decretos Supremos, solo siete de ellos manifiestan con claridad que se trata de medidas extraordinarias—. En otros casos, se indica el carácter extraordinario de la medida, pero se omite la alusión acerca del plazo en que estas medidas deberán regir.

En cuanto al requisito de que dichos decretos se circunscriban a materia económica y financiera, este se ha cumplido en la mayoría de los casos.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que, en ciertos casos —como el del Decreto Legislativo n.º 007-2002—, lo que se hace en realidad es legislar sobre materia propiamente administrativa. Asimismo, se constata que, en ciertos casos, se crean, mediante dichos instrumentos legales, exoneraciones tributarias o se instituye la contratación de bienes y servicios en formas distintas a las señaladas por la ley, tal es el caso del Decreto de Urgencia n.º 027-2002, que fuera observado por el propio Congreso.

Por otro lado, otro concepto totalmente indefinido en la formulación de dichos instrumentos legales es la determinación del interés nacional, ya que, en la práctica, muchas de las actuaciones estatales pueden calificar como de «interés general» y, sin embargo, no son producto de situaciones extraordinarias sino ordinarias.

Con este balance, lo que se intenta determinar es que no basta que los mencionados instrumentos legales cumplan formalmente con los requisitos establecidos en la Constitución, sino que lo hagan sustancialmente; pues el afirmar que se regula materia económico-financiera, sin dar mayor explicación en qué consiste la misma, puede dar lugar a que bajo este título se regulen otras materias no autorizadas.

En general, los elementos constitutivos de los decretos de urgencia deberían ser concurrentes para que estos sean acordes con el marco constitucional.

Finalmente, cabe resaltar, con preocupación, la bizarra posición adoptada por el Congreso en la observación de decretos de urgencia declarados nulos. Por ello, en el caso del Decreto de Urgencia n.º 007-2002, se observa que, una vez derogado, se otorga eficacia jurídica a los actos y medidas dictadas durante su vigencia. Esta posición resulta, a todas luces, incompatible con la Constitución; pues, si ha sido declarada la nulidad del acto, se debería entender que las relaciones jurídicas que se

han producido y desarrollado al amparo de una norma nula, estarían viciadas de la misma nulidad que aqueja a la norma de base.

4. PARÁMETROS CONSTITUCIONALES DE CONTROL

A pesar de su breve existencia en la historia constitucional del Perú, los decretos de urgencia han constituido el principal instrumento de expedición de normas legales del *presidencialismo* durante los regímenes democráticos del período comprendido entre 1980 y 1990. Mientras que, durante el régimen de Alberto Fujimori (1990-2000), aquellos constituyeron —junto con los decretos leyes— la forma legislativa de gobierno que caracterizó a dicho régimen autocrático, en el actual período gubernamental, hay un mesurado uso de los mismos, aunque se mantiene el cuestionamiento respecto a la certeza jurídica de su uso adecuado.

Se podría decir que la práctica y la teoría constitucional de la expedición de decretos de urgencia por el Poder Ejecutivo, así como su control constitucional —esbozado por el Congreso—, presentan una gran divergencia entre la norma, la doctrina y la realidad constitucional. En la medida en que ha sido el Poder Ejecutivo el principal centro de impulsión y dación de normas legales a través de los decretos de urgencia —para no mencionar los decretos legislativos ni los espurios decretos leyes—, no se produjo ni se ha producido una regulación legal de los mismos.

Con excepción de la Ley n.º 25397 (Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República), vigente solo cuatro semanas —debido a que fue derogada por el gobierno de facto establecido el 5 de abril de 1992— y, en la actualidad, parcial y limitadamente regulada en el Reglamento del Congreso, no ha habido intentos para normar eficientemente la actividad legislativa del Poder Ejecutivo. Con este fin, es necesario definir algunos lineamientos para la dación de decretos de urgencia, es decir, señalar los parámetros de su control parlamentario o jurisdiccional. Estos deben basarse en los siguientes fundamentos constitucionales:

A) Deben ser normas extraordinarias o excepcionales que se dicten ante una especial situación de necesidad o urgencia. Dicha situación debe ser definida o interpretada con la finalidad de resolver inmediatamente una grave crisis, que podría provocar un mal mayor para el inte-

rés nacional —que no debe restringirse a lo económico o financiero— si el Gobierno no interviniese inmediatamente.²⁶

B) La validez de los decretos de urgencia debe tener una periodicidad limitada, debido a que las situaciones de crisis, al ser imprevisibles, crean un estado de necesidad y urgencia que los justifica. Por ese motivo y por regla general, la validez de los decretos de urgencia siempre es transitoria.²⁷ Por el contrario, si la situación excepcional que dio origen a la dación de los mismos se prolongase en el tiempo, el Congreso debería legislar positivamente sobre el tema.

C) Los decretos de urgencia, al tener fuerza de ley, gozan de fuerza activa en tanto que pueden modificar o suspender los efectos de las leyes ordinarias en el ámbito de su competencia, teniendo como límites generales la protección de los derechos fundamentales²⁸ y aquellas cuestiones que le queden expresamente prohibidas, como es el caso de la materia tributaria (art. 74° de la Constitución); mas no deben tener fuerza pasiva, es decir, no puedan resistir una modificación de una norma de rango legal.

D) Los decretos de urgencia, al ser una atribución del Presidente de la República que requiere el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros y la aprobación del Consejo de Ministros, suponen para, estas autoridades y órganos de gobierno, la potestad de definir el contenido del interés nacional, decidir la oportunidad de la medida extraordinaria, declarar la intensidad de la crisis, establecer la temporalidad de estas normas extraordinarias e identificar las normas legales a ser derogadas o suspendidas.

E) Los decretos de urgencia están reservados para regular solo materia económica y financiera. La práctica se ha orientado hacia la intervención en el manejo de los aspectos presupuestales, financieros y crediticios públicos, que son normados por ley; pero no sería irrazonable entender que la necesidad y urgencia se refiera extraordinariamente también a temas de finanzas privadas que comprometan a las públicas. La regulación legal de cualquiera de esas tres submaterias constituye el objetivo único de los decretos de urgencia y no los aspectos suplementarios o accesorios a los mismos.

²⁶ SANTOLAYA MACHETTI, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

²⁷ Al respecto, ver el art. 173° del Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, que ha establecido cuarenticinco días de vigencia para los decretos de urgencia, luego de los cuales estos caducan salvo que sean prorrogados por el Congreso o la Comisión Permanente durante su receso. Ver: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*, Lima, julio del 2002, p. 81.

²⁸ SEGURA, LUIS. «El control de los decretos-ley por el Tribunal Constitucional». *RAP*, n.º 104, mayo-agosto, 1984, pp. 367 y ss.

F) Los decretos de urgencia son posibles a condición de que lo requiera el interés nacional, que, si bien es un concepto jurídico abierto o indeterminado, no tiene carácter discrecional para el Gobierno. Por este motivo, cabe asumir como un criterio delimitador para restringir el alcance del concepto «interés nacional» el hecho de que se vea comprometido el bien común, el interés social, la utilidad pública, la seguridad pública o el interés general.

G) Por el control parlamentario, el Gobierno debe dar cuenta al Congreso de los decretos de urgencia. Esta exigencia supone, por un lado, la remisión fundamentada de los decretos de urgencia con fuerza de ley y, por otro, el control parlamentario de los mismos. Estos son convalidados mediante el silencio legislativo positivo o son derogados expresamente a través de una ley, cuando incumplen el inciso 19 del art. 118º de la Constitución y lo establecido en el art. 91º del Reglamento del Congreso.

H) El control judicial lo realiza el TC, órgano que es competente para examinar la acción de inconstitucionalidad acerca de la constitucionalidad o no de los decretos de urgencia, tanto por el fondo como por la forma, y sin perjuicio de que la justicia ordinaria se pronuncie incidentalmente sobre la constitucionalidad de su aplicación en un proceso judicial concreto o en vía de amparo.²⁹

Las normas que regulen los decretos de urgencia deben reflejar una posición subordinada a la Constitución antes que al presidencialismo normativo, debido a que en un *estado de derecho* su expedición no puede quedar librada a la voluntad propia del positivismo legalista del Presidente, sino que debe quedar vinculada a las normas constitucionales y legales que las desarrollen de manera razonable y previsible, regulando las situaciones de emergencia económica.

²⁹ SORIANO, José. «Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española». *RAP*, n.ºs. 100-102, pp. 465 y ss.; asimismo, CANO MATA, Antonio. «Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional». *RAP*, n.º 106, enero-abril, 1985, pp. 171 y ss.