

Tercera Parte: *Tribunal Constitucional y división de poderes*

II.	Tribunal Constitucional y Poder Ejecutivo	441
1.	Decretos Legislativos	443
1.1	Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos legislativos	447
1.2	Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos leyes	451
1.3	Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos legislativos	455
2.	Decretos de Urgencia	458
2.1	Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos de urgencia	460
2.2	Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos de urgencia	464

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER EJECUTIVO

En el marco del modelo presidencial, atenuado de gobierno con algunas instituciones parlamentarias, es claro que se mantiene normativamente la división y control de poderes. Sin embargo, el ejercicio *presidencialista* del poder no sólo impide que se cumpla con esta matización parlamentaria, sino que también ha puesto en cuestión la propia división y balance de poderes⁸⁹. Dejando una sensación de impunidad frente a la corrupción gubernamental, que se ha convertido consustancial a esta forma degenerada del clásico gobierno presidencial, sobre todo en sus relaciones con los poderes fácticos, públicos y privados⁹⁰, lo cual compromete no sólo al gobernante transitorio, sino que llega a afectar al propio sistema democrático y a las instituciones constitucionales encargadas del control. Ello es sin duda,

fruto de una vida política inestable de un choque continuo de intereses y de pasiones, pero, en nuestro concepto revela, también, algo más profundo: que el país no ha logrado encontrarse a sí mismo, y que ha puesto más esperanzas en caudillos transitorios y en las leyes dadas por éstos que en el esfuerzo colectivo y perseverante de sus hombres a través de la historia. Por eso, cada vez que cayeron los caudillos desaparecieron con ellos sus constituciones⁹¹.

En efecto, la posibilidad del abuso legislativo ha crecido enormemente desde que el Presidente de la República puede dictar normas con fuerza de ley –decretos de urgencia– y decretos legislativos por delegación de facultades del Congreso, en ámbitos de decisión política marcadamente discrecional.

89. Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*, tomo VIII, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1963, pp. 140-147.

90. Susan Rose-Ackerman, *Democracia y "alta" corrupción*, en *RICCS* N° 149, Setiembre 1996, en [http://www. Unesco.org/issj/rics149/ackerman149.htm](http://www.Unesco.org/issj/rics149/ackerman149.htm); asimismo, Raymond Aron, *Democratie et totalitarisme...*, *op. cit.*, pp. 169 ss.

91. Luis Echeopar García, *Prólogo*, en Manuel Vicente Villarán, *Exposición de motivos del anteproyecto de constitución de 1931...*, *op. cit.*, p. 8.

les⁹². Debido a que el Presidente cuenta con el apoyo aúlico de la mayoría en el Congreso Unicameral, ha terminado siendo un poder incontrolado y tan opresor como el de una dictadura parlamentaria⁹³. Lo cierto es que el Presidente ha doblegado tanto a las instituciones parlamentaristas, mencionadas en el acápite anterior, como a los organismos judiciales encargados del control. Así, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones se encuentran intervenidos o sometidos a los intereses del Presidente Fujimori, que se expresa en las resoluciones emitidas a favor de su reelección presidencial, a pesar de la prohibición constitucional y la resolución del TC de inaplicación de dicha ley al Presidente Fujimori⁹⁴.

En ese contexto, se puede decir que los presupuestos del control constitucional al Poder Ejecutivo, pasan por definir los alcances de la función legiferante del Poder Ejecutivo, las características de estas normas legales –decretos legislativos, decretos de urgencia y los decretos leyes–, y analizar las principales resoluciones de la jurisdicción constitucional, recaídas sobre estas normas legales del Poder Ejecutivo, a fin de inferir inductivamente las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Ejecutivo.

Desde finales del siglo XIX, el desarrollo del Estado democrático, ha puesto en evidencia la necesidad de que el poder público participe en el fomento y promoción del bienestar económico y social de todos los ciudadanos, lo cual ha sido motivo para que el Poder Ejecutivo, antes que el Parlamento, sea quien se encargue de llevar a cabo el desarrollo social y económico. Dada su competencia gubernamental, mayor dinamismo y recursos técnicos, arropándose de instituciones y prerrogativas legislativas, que han llevado inclusive a replantear la teoría de la división de poderes y de la forma de gobierno, así como el rol del control judicial; debido a que el problema ya no es tanto la delegación legislativa al Ejecutivo en sí, sino encontrar los medios para impedir el abuso⁹⁵.

92. Enrique Alonso García, *El ámbito de decisión política y técnica del gobierno exento de control jurisdiccional*, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, op. cit., pp. 51 ss.

93. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 41 ss.

94. Tribunal Constitucional, *Exp. N° 002-96-I/TC, sentencia del tribunal constitucional*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, pp. 146048–146050; LA REPÚBLICA, *Corte suprema falla a favor de reelección de Fujimori al 2000, declara fundada acción de amparo contra sentencia del TC*, en www/larepublica.com.pe/1998/ENERO/pdf17/home.html; asimismo, El Comercio, *Referéndum tendrá que pasar por el filtro del Congreso*, en <http://www.elcommercioperu.com.pe/main-pub/1998/8/20/lewins3.txt.html>.

95. Émile Giraud, *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, Paris, Sirey, 1938, pp. 17 ss.; Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho*

Ello ha llevado a que a finales del siglo XX, la sobrecarga del Poder Ejecutivo se exprese contemporáneamente, por un lado, en la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, en la *economización* del interés general, y el rol gestor del Presidente en la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos. Proceso para el cual el principio de legalidad y de la ley constituyen las categorías básicas del ordenamiento jurídico, en función de la cual se organiza el Estado, la sociedad y la economía⁹⁶. Sin embargo, ello ya no es posible dada la inestabilidad social originada en la crisis económica contemporánea; de allí que, “el nuevo papel del estado no puede basarse en normas generales formales y universales elaboradas por el Parlamento. La función de mantenimiento y reproducción de las condiciones generales de la producción exige reglamentaciones particulares adaptadas a la coyuntura y a intereses muy concretos”⁹⁷, generándose la figura de las leyes singulares o leyes medida, que el Poder Ejecutivo ha desarrollado profusamente, mediante los decretos legislativos y los decretos de urgencia, básicamente.

En ese sentido, el Presidente Fujimori se ha servido de las facultades legiferantes de que goza el Poder Ejecutivo, para dictar decretos legislativos y decretos de urgencia, así como también de la dación de decretos leyes durante su gobierno de facto, orientados a la liberalización económica y al desmantelamiento del Estado Social. Sin embargo, este proceso se ha realizado sin mayores parámetros constitucionales, rechazando el control y sin asumir responsabilidad pública dado el férreo *presidencialismo* establecido. En cualquier caso, es importante caracterizar la facultad legislativa del Presidente, en el modelo de gobierno presidencial atenuado que a continuación se analiza.

1. DECRETOS LEGISLATIVOS

La Constitución de 1979, introdujo la figura de que el Congreso podía delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legis-

Constitucional argentino y comparado, tomo VIII, *op. cit.*, p. 131; asimismo, Mauro Capelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 604 ss.

96. Javier Pérez Royo, *La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno*, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, *op. cit.*, p. 93-143; asimismo, Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *op. cit.*, pp. 911 ss.

97. Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...*, *op. cit.*, p. 208; en el mismo, sobre las leyes medida ver pp. 312 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional...*, *op. cit.*, pp. 159 ss.

lativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa; asimismo, el Presidente debía dar cuenta al Congreso de la dación de dichas normas. La Constitución de 1993 ha mantenido la delegación de facultades legislativas, estableciendo algunas disposiciones complementarias, que más adelante se abordan⁹⁸.

El monopolio de la legislación corresponde al Congreso, en tanto el poder constituyente ha dispuesto que la legislación sea competencia básica de la asamblea de representantes elegidos por el pueblo para ejercer dicha función; sin embargo, subsidiariamente puede delegar una parte de su competencia legislativa a la Comisión Permanente del propio Congreso o al Poder Ejecutivo, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos⁹⁹:

- a. La delegación de facultades se hace mediante una ley autoritativa que establece las materias y el plazo de legislación, que aprueba el Pleno del Congreso unicameral.
- b. No cabe delegación en las materias relativas a la reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.
- c. Las materias delegadas no deben ser genéricas, sino taxativamente determinadas en la ley autoritativa.
- d. No cabe que el Poder Ejecutivo delegue en cascada la facultad legislativa encomendándola a otro organismo.
- e. La norma legal que use el Poder Ejecutivo debe ser el Decreto Legislativo.

98. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, *op. cit.*, pp. 89 ss.; asimismo, Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo*, en F. Eguiguren (editor), *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Editorial Cuzco, 1987, pp. 395 ss.

99. Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 235-240; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada*, Madrid, CEC, 1995, pp. 263 ss.; Juan-Sebastián Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 131-138; Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 96 ss.; Pablo Pérez Tremps, Tribunal Constitucional y Poder Judicial..., *op. cit.*, pp. 156 ss.; Alberto Bianchi, *La delegación de funciones legislativas*, en *La Ley*, tomo 122, Buenos Aires, 1987, pp. 97 ss.; Javier Jiménez Campo, *El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos*, en RDP. N° 10, Madrid, 1981, pp. 92 ss.

- f. El uso de la delegación por el Ejecutivo agota la delegación de facultades una vez publicado el Decreto Legislativo.
- g. Los decretos legislativos están sometidos al control de contenido, de apreciación y de evidencia del Congreso; así como, al control constitucional del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.
- h. El Congreso puede establecer fórmulas especiales de control en la ley autoritativa, como que antes de la aprobación del Decreto Legislativo se cuente con la opinión perentoria del Congreso.

La experiencia peruana durante la vigencia de la Constitución de 1979, marcó el carácter legiferante del Poder Ejecutivo¹⁰⁰, pero es con el Presidente Fujimori que se acentúa esa práctica presidencialista, donde se difuminan las fronteras entre el gobierno y la administración, así como entre el interés público y los grupos privados¹⁰¹. Así, cuando Fujimori llega al poder en 1990, se encuentra con un Congreso bicameral en donde su agrupación política –Cambio 90– era la minoría parlamentaria, pero sin la hostilidad esperada de la mayoría parlamentaria¹⁰²; debido a que, al aplicar el *shock* económico a los pocos días de asumir la Presidencia, obtiene el aval de los grupos parlamentarios –FREDEMO y PPC– que habían sido derrotados en las elecciones presidenciales, postulando un programa neoliberal, que el entonces candidato ganador había rechazado en la campaña electoral. Con lo que se inicia una política de ajuste económico estructural, y de promoción del mercado, con el concurso de las élites tecnocráticas y de los grupos de presión, como Apoyo y el Instituto Libertad y Democracia¹⁰³.

En ese escenario, donde todavía estaba vigente la Constitución de 1979, Fujimori solicitó delegación de facultades legislativas al Congreso para implementar su programa de reformas económicas, obteniendo el 14 de junio de 1991 el respaldo de la mayoría parlamentaria, mediante la Ley autoritativa N° 25327, para que legisle en materia de pacificación nacional, fomento del empleo y de la inversión privada, por 150 días. Al vencimiento del plazo, el Poder Ejecutivo dictó y mandó publicar ciento veintiséis decretos legislativos,

100. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., pp. 94-96; asimismo, Antonio Colomer Viadel, *La tentación parlamentaria del presidencialismo iberoamericano: el caso del Perú*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, op. cit., pp. 68-70.

101. José López Calvo, *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 91 ss.

102. Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado peruano...*, op. cit., p. 23.

103. Alberto Bustamante, *Perú: Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?...*, op. cit., pp. 213 ss.

relativos a la promoción de la inversión privada en general y en diferentes sectores de actividad o servicios, privatizando empresas públicas, desregulando el mercado, liberalizando los precios de los bienes y servicios públicos, promoviendo la inversión extranjera, así como incluyendo normas relacionados a la reforma de la administración pública y la actividad empresarial del Estado¹⁰⁴.

No obstante el apoyo de la mayoría parlamentaria a la política económica orientada a controlar la inflación, liberalizar el mercado, reformar la legislación tributaria, empresarial y financiera, en enero de 1992 el Congreso observó que el Poder Ejecutivo había cometido una serie de excesos y en el marco de la “dación de cuenta”, decidió derogar o modificar veintiocho decretos legislativos por inconstitucionales, sin perjuicio que las minorías parlamentarias planteasen acciones de inconstitucionalidad entre varios decretos legislativos.

En ese sentido, procurando dar una solución legislativa permanente a las potestades legislativas del Presidente, el 9 de febrero de 1992 el Congreso aprobó la Ley N° 25397, Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República¹⁰⁵, la misma que, no obstante ceñirse al rol de control parlamentario y de reserva de ley parlamentaria –*résérve de la loi*–, fue una de las justificaciones de Fujimori para el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por entender que “quedaba atado de manos el Presidente”¹⁰⁶, lo que tuvo el aval de los sectores conservadores del Congreso, así, “la llamada ley de control parlamentario cercenaba muy importantes potestades del Jefe de Estado...”¹⁰⁷. Olvidando que “el legislador gubernamental (Ejecutivo) no puede nunca determinar cuáles son los intereses que se han de satisfacer ni los objetivos que se pretenden alcanzar con el Decreto Legislativo, ya que estos

-
104. José del Castillo (compilador), *los decretos del nuevo Perú*, 2 tomos, Lima, ADEX, 1992; asimismo, Domingo García Belaunde, *La reforma del Estado peruano...*, op. cit., pp. 24-26.
105. César Delgado Güémbes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397...*, op. cit., pp. 263 ss.
106. Alberto Fujimori, *Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992...*, op. cit., p. 3; asimismo, Cynthia McClintock, *La voluntad política presidencial y la ruptura constitucional de 1992 en el Perú*, en Fernando Tuesta (editor), *Los enigmas del poder*, Lima, Fundación F. Ebert, 1997, pp. 62 ss.
107. Enrique Chirinos Soto, *Teoría del golpe de Estado, desde Julio César hasta Fujimori*, Lima, Editorial Proa, 1996, p. 67, para quien “la mayoría parlamentaria hacia el juego al terrorismo al debilitar precisamente la autoridad del Presidente de la República, encargado de combatir la subversión...”.

tienen que estar fijados previamente y de manera expresa en la Ley de delegación¹⁰⁸.

En ese sentido, durante el verano de 1992, vísperas del establecimiento del gobierno de facto, el Tribunal de Garantías Constitucionales resolvió tres acciones de inconstitucionalidad, entre otras contra el Dec. Leg. N° 650, de compensación por tiempo de servicios cancelatoria; Dec. Leg. N° 651, de liberalización del precio del transporte público; y el Dec. Leg. N° 674, limitando la actividad empresarial del Estado. Dictados al amparo de la Ley N° 25327 de delegación de facultades legislativas, en el marco de la Constitución de 1979. Al respecto, resulta interesante comentar la sentencia constitucional sobre el Dec. Leg. N° 650, donde el TGC se pronunció sobre la facultad legislativa del Poder Ejecutivo.

LI Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos legislativos

El Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores, fue dictado el 24 de julio de 1991, al amparo del artículo 1°, inciso c), apartado 2 de la Ley N° 25327, que facultó al Poder Ejecutivo a "...consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes". La compensación por tiempo de servicios ha sido el reconocimiento pecuniario pagado al trabajador, una vez cesado en el empleo, como un premio al esfuerzo y dedicación desplegados durante toda los años que ha trabajado para un empleador, recogido en numerosas leyes laborales. Sin embargo, con el Decreto Legislativo N° 650, se cambió radicalmente el sistema de compensación de servicios, al establecer un sistema de pagos semestral y cancelatorio, mediante depósito en las entidades bancarias y financieras a elección del trabajador.

Planteada la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 650, por sesenta senadores de la minoría parlamentaria aprista, izquierdista e independiente, se cuestionó dos aspectos centrales de la norma, de nuestro interés. Primero, el Poder Ejecutivo había usurpado atribuciones del Congreso, por cuanto el Dec. Leg. N° 650 se había excedido en el uso de la delegación, es decir que demandaban un control *ultra vires* o control de ilegalidad e inconstitucionalidad¹⁰⁹, lo que fue rechazado por los procurado-

108. Juan Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 131 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 100.

109. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 216 ss.

res del gobierno sin argumentación jurídica. Asimismo, se afirmó que el Dec. Leg. N° 650 era inconstitucional por cuanto modificaba disposiciones legales con rango de ley, que regulaban anteriormente la compensación por tiempo de servicios, que tenían rango superior al Decreto Legislativo. Los procuradores del gobierno, contra argumentaron indicando que los decretos legislativos tenían el mismo nivel jerárquico que la ley parlamentaria, más aún, podían modificar o derogar leyes en sentido formal¹¹⁰.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, declaró el 10 de mayo de 1992, la inconstitucionalidad parcial del Dec. Leg. N° 650, por siete votos conformes y un voto singular. La sentencia dispuso que

a. la constitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta; y, en consecuencia, INFUNDADA la demanda en este extremo; b. la constitucionalidad parcial por el fondo del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta e, inconstitucional únicamente la parte pertinente del artículo segundo que prescribe el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios y, en consecuencia, fundada e infundada respectivamente la demanda en dichos extremos¹¹¹.

El tenor de la sentencia también planteó dos temas de interés: uno, el relativo a si el Poder Ejecutivo se había excedido o no en la delegación de competencia legislativa, y la jerarquía del Decreto Legislativo en el sistema de fuentes del derecho.

En cuanto al abuso o extralimitación de la materia legislada, el TGC consideró que la regulación de la compensación por tiempo de servicios formaba parte de los beneficios sociales a los que estaba facultado el Poder Ejecutivo a legislar, habiéndose en consecuencia respetado la materia, plazo y dado cuenta al Congreso; no obstante que consolidar normas no supone reformarlas o modificarlas, sino tan sólo sistematizarlas o integrarlas¹¹². En ese sentido, los magistrados se quedaron en un primer nivel de razonamiento positivista, al utilizar un control de evidencia entre la ley autoritativa y el decreto legislativo en cuestión¹¹³, olvidando que los actos legislativos del Poder

110. Pedro Morales, *La compensación por tiempo de servicios y la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, asimismo, Aníbal Quiroga, *La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en el D. Leg. 650*; ambos, en *Themis*, N° 22, Lima, 1992.

111. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Sentencia de la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 650*, Arequipa, 10-3-92.

112. Carlos Blancas, *Comentario sobre la sentencia del TGC relativa al Decreto Legislativo N° 650*, en *Themis*, N° 22, art. cit., p. 29.

113. Bartolomé Clavero, *Imperio de la ley, regla de Derecho y tónica de la Constitución y*, Eduardo García de Enterría, *La democracia y el lugar de la ley*; ambos en *La vinculación del juez a la ley...*, op. cit., pp. 41 ss. y 79 ss., respectivamente.

Ejecutivo no gozan de una presunción de constitucionalidad o legalidad, debido a que no reúnen los requisitos de la presunción de constitucionalidad de la ley¹¹⁴, sino que deben demostrar dicho carácter a los órganos competentes que se lo demanden. Por ello, el TGC debió delimitar los alcances de la materia laboral en cuestión, es decir, pasar a un segundo nivel de razonamiento, donde hubiese podido aplicar los criterios y diversidad del control constitucional, así como ofrecer una argumentación jurídica elaborada de la sentencia¹¹⁵.

De otro lado, es del caso mencionar que el ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo, no es un acto discrecional, sino reglado taxativamente a lo establecido en la ley autoritativa, y si ésta es genérica o ambigua, el mandato debe someterse a un *principio de legislación restrictiva*, postura que ni siquiera advirtió la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, en tanto supremo intérprete constitucional. Ello es así, en la medida que los límites de la potestad legislativa delegada del Presidente, no estaba solamente en la ley autoritativa, y en la propia Constitución¹¹⁶; además de los límites derivados del *indirizzo politico* del Congreso y las leyes orgánicas que eran materia indelegable al Poder Ejecutivo. En este sentido, la posición que ocupaba el Presidente de la República en relación a la facultad legislativa delegada, era excepcional, tasada y restrictiva¹¹⁷.

Por ello se puede decir que el Tribunal de Garantías Constitucionales, no advirtió que tenía competencia para realizar un *control del contenido* de los decretos legislativos, en el caso que se tratase de una materia compleja, o para ejercer un *control de apreciación* donde se procura que el Poder Ejecutivo no quiebre el principio de división de poderes, amparado por el *principio de corrección funcional*¹¹⁸. Asimismo, es del caso mencionar que la ley autoritativa del Congreso no transfirió al Ejecutivo la potestad de la reserva de ley o, dicho de otra forma, la reserva de ley del Congreso era intangible; en la medida que la competencia legislativa del Congreso, para regular cualquier materia, no se suspendía ni quedaba anulada, por haber delegado facultades legislativas en determinada materia y plazo al Presidente, sino que incluso podía darse el supuesto teórico, de que en cualquier

114. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., pp. 163 ss.

115. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit., pp. 42 ss.

116. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 95.

117. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 195-198; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 101.

118. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 49 ss.

momento o caso, el Congreso podía derogar la ley autoritativa o legislar sobre lo delegado, antes del vencimiento del plazo.

En cuanto a la jerarquía normativa del Decreto Legislativo, el Tribunal de Garantías Constitucionales señaló que el Decreto Legislativo N° 650 había elevado a la jerarquía de ley a los decretos supremos y resoluciones ministeriales, que con anterioridad habían venido regulando y aplicando la nueva política del gobierno de la compensación por tiempo de servicios cancelatorio. Por su parte, los procuradores del Poder Ejecutivo argumentaron, tomando literalmente el artículo 188° de la Constitución 1979, que los decretos legislativos estaban sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. De ahí que pretendieron otorgar al decreto legislativo idéntico nivel jerárquico que a la ley, obviando que la Constitución reconocía en el artículo 211°-10 a los decretos legislativos sólo fuerza de ley.

La fuerza de ley, como se vió anteriormente (ver Primera Parte, Cap. III, 4) supone un doble alcance. Por un lado, la fuerza activa de la ley, o poder innovador, es la capacidad para modificar cualquier norma del ordenamiento jurídico legal, mientras que, por otro lado, la fuerza pasiva de la ley implica la resistencia de la norma para no ser modificada ni derogada por otra norma legal, dotada de la misma fuerza normativa¹¹⁹. En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 650 tenía fuerza de ley relativa, en la medida que sólo podía modificar normas legales en las materias tasadas para ejercer su competencia legislativa, y no podía modificar normas legales superiores; asimismo, carecía de fuerza pasiva por cuanto cualquier norma legal posterior podía modificarla.

Sin embargo, el Tribunal de Garantías Constitucionales no advirtió los matices de la posición jerárquica del Decreto Legislativo N° 650, en relación al ordenamiento jurídico delineado difusamente en la Constitución de 1979, de gran implicancia en relación a las demás normas, anteriores o posteriores, a efectos de responder el extremo de la demanda, que sostuvo que los decretos legislativos carecían de rango de ley. Es del caso mencionar que la propia Constitución, si bien había aludido a la fuerza de ley y al rango de ley, correspondía a la jurisprudencia constitucional y no al legislador discernir sobre este problema de las fuentes del derecho.

119. Luis María Díez-Picazo, *Concepto de ley y tipos ley. (Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución española?)*, en *REDC* N° 24, Madrid, 1988, p. 67; Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en *RAP*, Nos. 100-102, art. cit., pp. 420-422; asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 92.

No obstante el tenor de esta resolución, el Presidente Fujimori criticó acremente esta resolución, entre otras, produciéndose poco después el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, que clausuró al Tribunal de Garantías Constitucionales y al Congreso, entre otras instituciones democráticas. Durante el interregno del gobierno de facto, Fujimori concentró el poder legislativo en su persona, dictando decretos leyes, sin posibilidad alguna de revisión de dichas normas legales de facto¹²⁰; sólo una vez restaurado el régimen democrático-representativo algunas de esas normas de facto fueron materia de control por el nuevo Tribunal Constitucional.

12 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos leyes

El derecho de emergencia ha sido el ámbito de donde erróneamente se han sustentado algunas tesis sobre los decretos leyes, en la medida que la vieja doctrina del derecho de emergencia ha sido concebida dentro del Estado de derecho, para situaciones límites, pero sujeta a límites y controles¹²¹. Sin embargo, el derecho de emergencia ha trascendido en las sociedades latinoamericanas inestables como fuente de los decretos leyes de ahí que se les considere como normas legales dictadas por los gobiernos de facto. Los gobiernos de facto al quebrar el orden constitucional, en mérito a un estatuto revolucionario o de emergencia, concentran las facultades legislativas y de gobierno en el Presidente de facto¹²², así como también subordinan a la función judicial. El Presidente de facto y su gabinete ejercen la facultad de legislar, a través de decretos leyes, sin control político o judicial alguno¹²³.

Si bien el Presidente Fujimori fue electo en 1990 por cinco años para gobernar bajo el imperio de la Constitución, en 1992 quebrantó la Constitución para asumir el poder total, mediante un golpe de Estado suigeneris, bajo el apoyo de las fuerzas armadas. Este golpe blanco, “es el caso en que uno de los poderes públicos, sin acceso originario irregular del poder, ejerce competencia del otro al margen de la Constitución; por ejemplo, si el presi-

120. Enrique Aftalon y Marcelo Aftalon, *Los decretos leyes ante la Constitución real*, en *La Ley* N° 114, abril-junio, Buenos Aires, 1964, pp. 872 ss.

121. Hermann Bischof, *Das Nothrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, historisch und dogmatisch nach allgemeinem und deutschen Rechte*, Gießen, Verlag Ferberfschen Universitäts Buchhandlung, 1860, pp. 47 ss. y 67 ss.

122. Sigifredo Orbegoso, *Historia y Constitución: temas polémicos*, Trujillo, Ediciones Vallejianas, 1995, pp 50-51; Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales, *Constitución y sociedad política...*, *op. cit.*, pp. 309 ss. y 327 ss.

123. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1946, pp. 93 ss.; asimismo, Germán Bidart Campos, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pp. 415-421.

dente disuelve el Congreso y ejerce la función legislativa¹²⁴. En función de lo cual, el gobierno de facto absoluto de Fujimori, gobernó en base a un Estatuto del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que subordinó a la Constitución a sus objetivos políticos, es decir, se dio inicio a un gobierno de los hombres no de las leyes.

Si bien la Constitución de 1993, como la de 1979 no reconocen la existencia de una norma legal anticonstitucional, como los decretos leyes; es del caso recordar que una vez que se superan los gobiernos de facto, se presenta el dilema para el Estado democrático, acerca de cómo realizar la transición normativa del gobierno de facto al gobierno constitucional¹²⁵. Al respecto, existen tres modelos o tesis de la transición jurídica de un gobierno de facto a un gobierno de iure: primera, *tesis de la caducidad*, según la cual los actos y decisiones políticas o legislativos del gobierno de facto son inválidos, no surten efecto alguno al retornar a la constitucionalidad quebrantada¹²⁶; segunda, *tesis de la continuidad*, como quiera que los efectos de los actos y disposiciones de facto han producido con el tiempo relaciones jurídicas estables, se asume que dada la eficacia y la seguridad de las mismas, deben continuar en vigencia en el nuevo gobierno constitucional, salvo que sean derogadas o modificadas como cualquier otra ley; y, tercera, *tesis de la revisión*, se asume que la continuidad o caducidad de las normas y actos dictados por un gobierno de facto, deben resolverse mediante la revisión de las mismas por materias y plazos establecidos, derogando unos o incorporando a otros, según su naturaleza y efectos producidos¹²⁷.

Es evidente que el Congreso Constituyente de 1993 optó por la segunda vía, otorgándole continuidad jurídica al gobierno de facto, mediante las aprobación de leyes constitucionales propias de un constitucionalismo flexible, pero autoritario, que convalidó a los espúrios setecientos cuarenta cuatro decretos leyes. Sin embargo, ni el artículo 200°-4, ni la propia Ley Orgánica

124. Humberto Quiroga Lavié, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 258; asimismo, Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina 1957, pp. 599-611.

125. Luciano Parejo, *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida*, en RAP N° 94, enero-abril, Madrid, 1981, pp. 201 ss.; donde desde una perspectiva jurisprudencial española, se plantea el dilema de la validez relativa de la legislación predemocrática.

126. Salvador Dana, *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto*, en *La Ley* N° 112, octubre-diciembre, Buenos Aires, 1963, pp. 862 ss.

127. Carlos Sánchez Viamonte, *Revolución y doctrina de facto...*, op. cit., pp. 14 ss.; Enrique Aftalon y Marcelo Aftalon, *Los decretos leyes ante la Constitución real...*, op. cit., pp. 878 ss.; asimismo, Marcial Rubio Correa y Enrique Bernales, *Constitución y sociedad política...*, op. cit., p. 310.

del Tribunal Constitucional, reconoció expresamente la facultad del Tribunal Constitucional para asumir acciones de inconstitucionalidad contra decretos leyes, lo cual pudo convertirlas en una suerte de normas pétreas o incontralables por la jurisdicción constitucional¹²⁸.

No obstante, se plantearon acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siendo admitidas y resueltas en los siguientes tres decretos leyes: Decreto Ley N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social; el Decreto Ley N° 22633, que estableció la prohibición de usar los medios de comunicación durante el proceso judicial por delito de prensa¹²⁹; y, el Decreto Ley N° 25662, que estableció el doble de la pena para los delitos cometidos por miembros de la policía nacional¹³⁰.

De estos tres procesos constitucionales, sólo en el primer caso los demandantes cuestionaron, aunque tangencialmente, la validez o no del decreto ley impugnado, dado su origen *per se* inconstitucional, no obstante que después dicha norma había recibido un voto de indemnidad o legitimización del Congreso Constituyente, mediante otra norma inconstitucional, la Ley Constitucional del 6 de enero de 1993, que dispuso en su artículo 2° que “los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático”.

Frente a esto, los jubilados demandantes impugnaron el Decreto Ley N° 25967 por “inconstitucionalidad congénita”, entre otros argumentos, en tanto que, dicho decreto ley contradecía flagrantemente

no sólo nuestro ordenamiento legal vigente, sino que también violentó el ordenamiento constitucional vigente al momento de promulgarse la citada norma (en ese entonces se encontraba vigente la Constitución de 1979). Se trata además, de un decreto ley con efectos retroactivos malignos, que ofende la conciencia nacional y resiente los más elementales principios naturales y constitucionales de cualquier sociedad civilizada;

128. César Landa, *Notas acerca del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 27.

129. Tribunal Constitucional, *Declaran improcedente demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Artículo 317° del Código de Procedimientos Penales*, en *El Peruano*, 3 de mayo de 1997, pp. 148996–148997.

130. Tribunal Constitucional, *Declaran que carece de objeto sentenciar demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el D.L. N° 25662, por haber quedado derogada dicha norma*, en *El Peruano*, 23 de mayo de 1997, pp. 149465.

el que además, al no haber sido promulgado por un Congreso regular y constitucional, presenta una grave inconstitucionalidad congénita¹³¹.

Esto es, se alinearon con las tesis de la caducidad, que considera nulos los decretos-leyes, una vez pasada la etapa del gobierno de facto¹³².

Por su parte, los representantes de los demandados no se pronunciaron concretamente sobre la “inconstitucionalidad congénita” del decreto ley, sino que de manera genérica señalaron que ninguna de las normas legales impugnadas violaba precepto constitucional alguno, dado que el marco específico de la acción de inconstitucionalidad planteada era la Constitución vigente¹³³; es decir, que si el mencionado decreto ley podía ser contrario a la Constitución de 1979 derogada, en cambio no lo era con respecto a la Constitución vigente de 1993, que era la tesis básica que defendían. O sea, la convalidación tácita o expresa de los decretos leyes era para ellos un hecho indiscutible.

Por su parte, el Tribunal Constitucional con claridad meridiana se pronunció sobre este extremo de la demanda, postulando la *tesis de la continuidad*, en la medida que el Decreto Ley N° 25967, y todas las normas dictadas por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, es decir por el gobierno de facto de Fujimori, fueron legitimadas por el gobierno. Con el argumento irreflexivo de que, luego de celebradas las elecciones constituyentes,

el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley del nueve de enero de mil novecientos noventitrés, la que disponía en su artículo 2°, que los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, entre el cinco de abril y el treinta de diciembre del mismo año mantienen su vigencia, en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático... 2. Sobre el particular este Tribunal Constitucional, considera que la validez formal del Decreto Ley N° 25967 ha sido convalidada por el Congreso Constituyente Democrático, depositario de la voluntad popu-

131. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el IPSS*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148807 ss.

132. Salvador Dana, *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto...*, *op. cit.*, p. 869.

133. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos y disposiciones transitorias del D.L. N° 25967...*, *op. cit.*, p. 148809.

lar, por lo que queda pendiente el pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del contenido del mismo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha sentado jurisprudencia respecto de la validez post-dictatorial de los decretos leyes dictados, en 1992, por el gobierno de facto de Fujimori, en tanto hubo un Congreso representativo, que expresamente reconoció la validez de dichas normas legales de facto, dando continuidad a las medidas y demás normas legales del Ejecutivo. Sin embargo, la convalidación de la legislación de facto por el Congreso, supuso la paradoja no sustantiva sino formal de legalizar un conjunto de decretos leyes que violaban normas expresas de la Constitución de 1979, aún vigente por entonces.

En este sentido, la coexistencia de la Constitución de 1979 con decretos leyes inconstitucionales, nos acercó en el mejor de los casos a un constitucionalismo flexible, pero sin los cimientos democráticos en que se asienta en el derecho comparado, por ejemplo inglés. Por ello, se puede decir que el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia asumió una postura en pro de un derecho constitucional formal y positivista¹³⁴, sin haber llegado a formular una jurisprudencia preventiva del derecho de emergencia, que ha sido el instrumento jurídico de gobierno, en las etapas más oscuras de la democracia y el derecho comparado¹³⁵.

13 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos legislativos

Aprobada la nueva Constitución en 1993, y contando el Poder Ejecutivo con una mayoría parlamentaria dócil, la práctica de legislar del Presidente Fujimori, se reeditó con la delegación de facultades del Congreso al Ejecutivo, que se mantuvo inalterable entre 1993 y 1997¹³⁶. Así, en ese periodo, se dictaron ciento veinticuatro decretos legislativos, regulando aspectos sustanciales del proceso económico neoliberal; habiendo sido materia de control por el Tribunal Constitucional sólo cuatro decretos legislativos: Dec. Leg. N° 853, sobre el FONAVI¹³⁷, Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judi-

134. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 216 ss.

135. Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en *La Ley...*, *op. cit.*, pp. 1057-1058.

136. Ver Cuadro N° 7.

137. Tribunal Constitucional, *Declaran nulo auto e insubsistente lo actuado en demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 3° del D. Leg. N° 853*, en *El Peruano*, 2 de abril de 1997, p. 148119.

cial¹³⁸, Dec. Leg. N° 817, sobre el régimen previsional de pensiones a cargo del Estado¹³⁹, y Dec. Leg. N° 295°, sobre causales de divorcio del Código Civil¹⁴⁰.

Pero es sólo en la acción de inconstitucionalidad contra el Dec. Leg. N° 817, sobre el régimen previsional de pensiones a cargo del Estado, donde los más de veintiseis mil jubilados demandantes plantearon que el Decreto Legislativo N° 817 excedía la materia específica que fue objeto de la delegación legislativa por parte del Congreso de la República. En este sentido, postulaban que el Presidente había transgredido el principio de especificidad en materia de delegación legislativa, consagrado en el artículo 104° de la Constitución de 1993, dado que dicha norma incluía contenidos normativos no autorizados por la Ley N° 26557, de delegación de facultades legislativas.

Por su parte, el apoderado del Congreso, como representante de los demandados, señaló que la Ley N° 26557 estableció como materia específica de la delegación de facultades normar el régimen de pensiones, aplicable al personal de los organismos e instituciones de los volúmenes presupuestales del 1 al 6 de la Ley de Presupuesto; argumentando, además, que ese régimen debía establecer como tope el sueldo de un congresista, por lo que se había mantenido en la materia precisa de la delegación de facultades legislativas, al normar el régimen previsional de todo el personal activo y cesante de todos los organismos regulados por la Ley General de Presupuesto, como podía apreciarse en el Decreto Legislativo N° 817. Estas tesis se ubicaron en la perspectiva de reducir el déficit público, en base a un manejo económico neoliberal que se resentía con el modelo de la economía social de mercado de la Constitución de 1979¹⁴¹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, se pronunció específicamente acerca del exceso del Presidente en el uso de las facultades delegadas. Al respecto, el colegiado analizó paso a paso los artículos 4°, 20°, 26°, 27°, 28°, Segunda y Novena Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N°

138. Tribunal Constitucional, *Declaran improcedente demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *El Peruano*, 23 de abril de 1997, p. 148724.

139. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado*, en *El Peruano*, 26 de abril de 1997, pp. 148813 ss.

140. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Artículo 337° del Código Civil*, en *El Peruano*, 13 de mayo de 1997, pp. 149160 ss.

141. César Ochoa Cardich, *El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado*, en *LTC N° 5*, Lima, CAJ, 1990, pp. 75 ss.; asimismo, Alberto Bustamante, *Perú: buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercado?*, op. cit., p. 215.

187; en tanto fueron denunciados de inconstitucionalidad por rebasar la delegación autorizada por el Congreso. En ese sentido, los magistrados constitucionales consideraron, en la mayoría de los casos, que el Poder Ejecutivo se había excedido en la regulación del régimen previsional del Estado por¹⁴²:

- a) Establecer que la nulidad administrativa era imprescriptible, operaba de oficio y se formalizaba por la Oficina Nacional Previsional, debido a que la modificación de la Ley de Procedimientos Administrativos no fue materia de la delegación.
- b) Facultar a la Sala Previsional del Tribunal Administrativo Público a resolver reclamaciones laborales, por cuanto excedía la materia específica delegada.
- c) Establecer competencias y sanciones a jueces y fiscales; impedir resolver a los jueces y fiscales o que tengan familiares que se encontraban sujetos al régimen de pensiones del D.L. N° 20530, sobre este régimen de pensiones, en razón a que era materia de ley orgánica
- d) Facultar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial crear instancias judiciales, que no eran materia de la delegación.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional desestimó la acción de inconstitucionalidad por exceso en el uso de las facultades delegadas, en dos extremos: la creación de una Sala Previsional en el Tribunal de la Administración Pública, por cuanto era materia previsional, y reservada exclusivamente a la ley del Congreso; la derogación de la Ley N° 10772, Ley de Pensiones, ya que no suponía ningún exceso legislativo; esto sin perjuicio de estudiar en profundidad cada artículo incoado por violación material de la Constitución. Pero, sin llegar a analizar la ley de delegación, identificar y desarrollar las materias delegadas, la relación entre la ley delegante y el decreto legislativo o la limitación material del poder delegado¹⁴³.

De esta manera, el Tribunal Constitucional asumió una postura casuística antes que principista, en la verificación de los límites del ejercicio legislativo del Presidente de la República. Lo cual le permitió actuar con flexibilidad judicial, aunque siempre dentro de un razonamiento positivista o decisionista,

142. Tribunal Constitucional, *Declaran fundada en parte demandas acumuladas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado...*, op. cit., p. 148823.

143. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles de la legislación delegada...*, op. cit., pp. 145 ss.; asimismo, Juan Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad...*, op. cit., pp. 131 ss.

en virtud del cual declaró inconstitucional diversos artículos del cuestionado Decreto Legislativo N° 817, como también desestimar la demanda de otros. Esta concepción “supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia– a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador”¹⁴⁴.

De acuerdo con la posición del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal Constitucional, en relación a los decretos legislativos, así como de este último sobre los decretos leyes, se puede concluir que la jurisdicción constitucional peruana se encuentra atrapada en los estrechos límites del positivismo jurídico y de sus métodos clásicos de interpretación jurídica. De ahí que hayan realizado un exiguo control de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, en virtud de su desconocimiento de otras teorías y métodos de interpretación constitucionales jurídicas, y a las escasas demandas de inconstitucionalidad contra decretos legislativos planteadas por quienes gozaban de legitimidad procesal activa.

Por otro lado, es del caso recordar que de las 16 resoluciones sobre acciones de inconstitucionalidad, resueltas por el Tribunal Constitucional en 1996–1997¹⁴⁵, sólo cuatro fueron contra decretos legislativos, mientras que de las 15 acciones de inconstitucionalidad que resolvió el Tribunal de Garantías Constitucionales entre 1982–1992, apenas tres fueron contra decretos legislativos¹⁴⁶, cuando la importancia de los decretos legislativos, en número y contenido no era una materia despreciable de control constitucional.

Sin embargo, la mayor facultad legislativa que ha ejercido el Poder Ejecutivo tanto durante la vigencia de la Constitución de 1979 y de la Constitución de 1993, se ha dado a través no de los decretos legislativos, sino de los decretos de urgencia, que han marcado férreamente el carácter legislativo del presidencialismo peruano, sin mayor control de la jurisdicción constitucional concentrada, como a continuación se analiza.

2 DECRETOS DE URGENCIA

La Constitución de 1979 abrió la práctica y el debate en torno a los decretos de urgencia. Mientras que la Constitución de 1993 los consagró

144. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 33.

145. Ver Cuadro N° 5.

146. Ver Cuadro N° 1.

normativamente, gracias al presidencialismo, los convirtió en un cómodo instrumento de dirección política y de gestión de la crisis económica; temas sobre el cual se han hecho algunos trabajos dogmáticos¹⁴⁷ y de investigación empírica¹⁴⁸, considerando el derecho constitucional comparado¹⁴⁹. Lo cierto es que la experiencia del uso y abuso en la dación de estas medidas extraordinarias con fuerza de ley, por parte del Presidente Belaunde (1980-1985), del Presidente García (1985-1990) y del Presidente Fujimori (1990-1992)¹⁵⁰ fue *in crescendo*, en la década del ochenta e inicios de los noventa, hasta desembocar en el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992 y su gobierno de facto por decretos leyes. En rigor, lo que se produjo en más de una década fue un acelerado proceso de mutación constitucional de las *medidas extraordinarias* en decretos de urgencia, produciéndose una desviación entre el Derecho Constitucional y la Realidad Constitucional –*Verfassungsrecht / Verfassungswirklichkeit*–¹⁵¹.

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 Belaunde se dictaron 667 decretos de urgencia – además de 348 decretos legislativos–, que sumados hacen 1 015 normas legales con fuerza de ley, mientras que el Congreso sólo dictó 1 080 leyes. Durante el gobierno de Alan García se dictaron 1 033 decretos de urgencia –además de 263 decretos legislativos–, mientras que el Congreso dictó sólo 980 leyes, y durante el gobierno constitucional de Fujimori, bajo la Constitución de 1979, se dictó 562 decretos de urgencia –además de 156 decretos legislativos– mientras que el Congreso sólo dictó 140 leyes¹⁵².

-
147. Enrique Bernales, *Relaciones El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979...*, op. cit., pp. 149 ss.; asimismo, Francisco Eguiguren, *Legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993*, en LTC N° 10..., op. cit., pp. 183 ss.
148. Ana Velazco, *La Constitución Peruana de 1979; atribuciones legiferantes de los órganos ejecutivo y legislativo*, tesis (Br.), Lima, PUCP, 1988; César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993*, tesis (Lic.), PUCP, Lima, 1996; asimismo, Juan Ruiz, *El control parlamentario de los decretos de urgencia*, Tesis (Lic.), PUCP, Lima, 1998.
149. Pablo Santolaya Machetti, *El regimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 270; Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español*, en RAP N° 106, enero-abril, Madrid, 1985, pp. 97 ss.
150. Ver Cuadro N° 2.
151. Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional...*, op. cit., pp. 87 ss.; asimismo, Javier Pérez Royo, *La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno...*, op. cit., pp. 142 ss.
152. Para conocer la experiencia europea de la actividad legislativa del gobierno, revisar la *Revue Française de Droit Constitutionnel* N° 32, Paris, 1997, que ofrece estudios del derecho comparado (Pizzorusso), así como sobre Francia (Favoreu), Italia (Paladin, Baudrez) y España (Diez-Picazo). Así, por ejemplo, mientras en el primer semestre de 1994 en Italia se dictaron 400 decretos de urgencia, en Francia en casi cuarenta años se dictaron sólo 170.

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 dictó 230 decretos de urgencia y 105 decretos legislativos¹⁵³. Confirmándose así el abuso de la legislación de urgencia y delegada, que en la práctica no está sujeta a control.

Por eso, el 9 de febrero de 1992, el Congreso dictó la Ley N° 25397, Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente, donde se establecieron los parámetros del control parlamentario sobre los decretos de urgencia, entre otras normas legales que el Presidente expide¹⁵⁴. Dicha ley, como ya se ha mencionado, fue uno de los pretextos para el autogolpe de Fujimori el 5 de abril de 1992, en la medida que suponía el control del presidencialismo. Desde entonces, su aplicación ha devenido en nula, no obstante que el Congreso estableció en su Reglamento cuatro artículos sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia, además de los decretos legislativos y los tratados simplificados del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, resuelta necesario identificar cuál es la posición constitucional y de la jurisdicción constitucional en relación a los decretos de urgencia, en tanto instrumento normativo de la hipertrofia legislativa del presidencialismo. Pero, es del caso mencionar, que mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales se pronunció sobre la materia, en cambio, el Tribunal Constitucional, no ha tenido esa oportunidad, lo que no es impedimento para abordar el tema de los decretos de urgencia en el derecho constitucional peruano, a la luz del derecho comparado¹⁵⁵.

21 Posición del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre los decretos de urgencia

Durante la vigencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, sólo hubo una sentencia sobre la constitucionalidad de un decreto de urgencia, que fue desestimada, bajo el argumento de que el TGC no tenía competencia constitucional, para resolver una acción de inconstitucional contra un decreto de urgencia¹⁵⁶. Es del caso mencionar que el artículo 211° de la Constitu-

153. LA REPÚBLICA, *Decretos vs. Leyes*, en edición del 25 de octubre de 1998.

154. César Delgado Guembes, *El debate parlamentario de la Ley N° 25397...*, *op. cit.*, pp. 278-286.

155. Gregorio Badeni, *Los decretos de necesidad y urgencia*, en *El Derecho* N° 138, Buenos Aires, 1990, pp. 926 ss., asimismo, Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, *op. cit.*, pp. 104-107.

156. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR*, Arequipa, 3 de octubre de 1990.

ción de 1979, al tratar las atribuciones del Presidente de la República, estableció en su inciso 20° que, éste 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, por un lado, y acordada las radicales medidas económicas por el gobierno para controlar la hiperinflación, por otro lado, el 17 de agosto de 1990 el recién electo Presidente Fijimori dictó el Decreto Supremo N° 057-90-TR, prohibiendo el incremento de los salarios y la mejora de las condiciones de trabajo, para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que habían logrado indexar el aumento de salarios de los trabajadores al costo de vida. Este decreto supremo fue expedido al amparo del artículo 211°, inciso 20 de la Constitución de 1979, entonces vigente, motivo por el cual veinte senadores interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra el DS N° 057-90-TR.

Los demandantes cuestionaron el decreto presidencial, por cuanto violaba: el derecho a la protección al trabajo consagrada en el artículo 42° de la Constitución; el derecho a la negociación colectiva, del artículo 52° de la Constitución y, en consecuencia, demandaban que en vía del control difuso de constitucionalidad de la leyes, del artículo 236° de la Constitución, el Tribunal de Garantías Constitucionales declarase la inconstitucionalidad del mencionado decreto. Sin embargo, no cuestionaron temas centrales para la dación de las *medidas extraordinarias*, como si se cumplía el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario, 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 Estado¹⁵⁷.

El Tribunal de Garantías Constitucionales 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; por fundamentos constitucionales estrictamente positivistas, derivados de una interpretación literal y restrictiva de la norma constitucional. Así, la mayoría de los magistrados razonaron de la manera siguiente: de conformidad con el artículo 298°-1 de la Constitución de 1979, sólo 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

157. Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 103 ss.; José López Calvo, *Organización y funcionamiento del Gobierno...*, op. cit., pp. 320 ss.; asimismo, Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1, op. cit., pp. 231–233.

contravienen la Constitución por la forma o por el fondo"¹⁵⁸, 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°-20 de la Constitución de 1979, en consecuencia, para la mayoría de los magistrados constitucionales, el TGC no podía pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del DS N° 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, en mérito del interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso, como dispuso el artículo 211°-20 de la Constitución de 1979¹⁵⁹, es decir que frente a la paradoja de encontrarse ante un decreto supremo por la forma, pero con fuerza de ley por sus efectos, prefirieron ignorar el problema constitucional planteado y denegar de plano la admisibilidad de dicha acción de inconstitucionalidad; lo cual fue una posición aislada en la doctrina¹⁶⁰.

No obstante, la falta de argumentación constitucional sobre la naturaleza del mencionado artículo 211°-20 de la Constitución de 1979, hubieron dos votos singulares o *concurring opinions*, que fueron más explícitos en denegar la admisibilidad del decreto supremo de urgencia. Así, el magistrado Diez-Canseco, opinó en el sentido 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 aún cuando el DS N° 057-90-TR tuviera fuerza de ley, por cuanto la acción popular era el proceso adecuado; tema de la fuerza de ley de los decretos supremos de urgencia, sobre el cual no se pronuncia el magistrado Diez-Canseco¹⁶¹.

158. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., p. 2.

159. Luis Cantuarias y Sergio Oquendo, *Acerca de los decretos llamados de urgencia*, en *Derecho* N° 45, PUCP, Lima, 1991, pp. 351-418; asimismo, Pedro Planas, *Decretos de urgencia y medidas extraordinarias*, en *Ius et Praxis*, N° 7, Lima, 1993, pp. 133-158.

160. Marcial Rubio, *El sistema legislativo en la Constitución de 1993*, en *LTC* N° 10, op. cit., p. 175; asimismo, Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo...*, op. cit., pp. 443 y 451.

161. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., pp. 3 ss.

En otro voto concurrente, el magistrado Pelayo Samanamud, también reconoció que la acción popular ante la vía judicial ordinaria, era el proceso adecuado para incoar el decreto supremo de urgencia, pero, desde una interpretación sistemática, se pronunció en el sentido de que el mencionado DS N° 057-90-TR no tenía fuerza de ley y que en todo caso las normas o actos jurídicos —como el convenio colectivo— con fuerza de ley, eran jerárquicamente inferiores a la ley, en la medida que la *ratio legis* del artículo 211°-20 de la Constitución, no les otorgaba expresamente ese carácter.

Sin embargo, cabe recordar que dicho decreto supremo de urgencia dejaba sin efecto los convenios colectivos de trabajo, que habían indexado automáticamente el incremento de los salarios al costo de vida, siendo que el artículo 54° de la Constitución de 1979, estableció que “los convenios colectivos de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley entre las partes”. Lo que suponía que el decreto supremo, dado al amparo de las medidas extraordinarias constitucionales, deviniese en una norma con fuerza de ley, para poder suspender los efectos de dichos convenios, característica propia de las normas legales sobre las cuales el Tribunal de Garantías Constitucionales era competente para ejercer su jurisdicción constitucional.

Finalmente, el único voto discrepante o *dissenting opinion* fue el del magistrado Efraín Espinal, a favor de la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad del mencionado decreto supremo de urgencia, en base a una interpretación basada fundamentalmente en la doctrina nacional sobre la materia¹⁶². 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; materia a juzgar por el TGC como órgano de control de la Constitución.

Más aún, en su voto discrepante, el magistrado interpreta sistemáticamente el artículo 211° de las atribuciones del Presidente de la República, para concluir que no es posible admitir que en el mismo artículo 211° se reitere la facultad reglamentaria de dictar decretos supremos, en los incisos 11 y 20; de modo que, cabe entender siguiendo al razonamiento del magistrado, que son dos normas distintas. En ese sentido, los decretos de urgencia del inciso 20, como los decretos legislativos del inciso 10, gozan de una naturaleza jurídica distinta de los simples decretos supremos, configurando

162. Domingo García Belaunde, *La constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 98 ss.; Francisco Eguiguren, *Funciones legislativas del Poder Ejecutivo...*, op. cit., pp. 433 ss.; César Landa, *El Control parlamentario*, en *La República*, Lima, 24 de setiembre de 1990.

una actividad legislativa del Presidente, mientras que los segundos son producto de una actividad administrativa del mismo¹⁶³.

En consecuencia, se puede señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales, se autolimitó al interpretar positivísticamente la Constitución, para desconocer la existencia constitucional de los decretos de urgencia, y en todo caso su carácter de fuerza de ley, lo que no fue óbice para que en un voto singular discrepante, se reconociese la existencia constitucional de los mismos, en virtud de una interpretación dogmática de la Constitución. Con lo cual, el TGC aseguró el no control constitucional de los decretos de urgencia del Presidente.

22 Posición del Tribunal Constitucional sobre los decretos de urgencia

La Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 118°, 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 74° que “los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria...”. Estas normas abiertas permiten el uso discrecional de conceptos jurídicos indeterminados como interés nacional, materia económica o financiera¹⁶⁴, sin resguardar el principio de división de poderes, por cuanto su interpretación queda a merced de la voluntad del Presidente de la República.

De otro lado, en el artículo 200°-4 de la Constitución se ha dispuesto expresamente que contra las normas con rango de ley, como el decreto de urgencia, cabe interponer una acción de inconstitucionalidad, por violar la Constitución por el fondo o por la forma. Asimismo, el artículo 135° ha dispuesto que cuando el Congreso sea disuelto por el Presidente, por haber negado confianza a dos Consejos de Ministros, en ese interregno, el Poder Ejecutivo legislará mediante decretos de urgencia, hasta por cuatro meses. Estas normas, por un lado, otorgan rango de ley a los decretos de urgencia y, por otro también tienen fuerza de ley¹⁶⁵. Con lo cual gozan de los atributos

163. Tribunal de Garantías Constitucionales, *Resolución en el proceso por inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 057-90-TR...*, op. cit., pp. 8 ss.

164. Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 219 ss.

165. Aldo Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno VII, Milano, 1957, pp. 269 ss.; Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Los controles*

fundamentales de una ley, aunque estén reducidos a la materia económica y financiera, pero dado el carácter abierto de la norma, los decretos de urgencia constituyen el instrumento legal por excelencia del gobierno presidencialista.

Los desacertados artículos no han impedido que durante el periodo de gobierno de Fujimori, de 1993 a mayo de 1997, se hayan dictado 391 decretos de urgencia –además de 124 decretos legislativos–, mientras que el Congreso haya dado sólo 657 leyes¹⁶⁶. Sin que ninguno de los decreto de urgencia hayan sido derogados o modificados, en mérito del control constitucional parlamentario, a pesar de que la Constitución haya establecido expresamente en el artículo 118²-19 la dación de cuenta al Congreso, y menos aún, algún decreto de urgencia haya sido declarado inconstitucional, en razón del artículo 200^o-4 que faculta interponer acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, contra los decretos de urgencia que violen la Constitución por la forma o por el fondo; a pesar que algunas de estas normas no hayan sido ni siquiera publicada en el diario oficial, al considerarlas el gobierno como secretas¹⁶⁷.

En tal entendido, los decretos de urgencia constituyen el principal instrumento de gobierno del *presidencialismo* durante las etapas de gobierno democrático, como lo son los decretos leyes para las épocas de gobierno dictatorial o de facto. No obstante, esta realidad del régimen político latinoamericano, países como España e Italia también regulan la figura de los decretos de urgencia o decreto-ley, como así denominan a este instituto¹⁶⁸. Así, “lo característico 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”¹⁶⁹. Pero, dada la corta pero intensa experiencia de los decretos de urgencia en el Perú, se podría caracterizar sucintamente esta institución de la siguiente manera:

de la legislación delegada..., op. cit., pp. 109 ss.; asimismo, Francisco Rubio Llorente, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*, en RAP, Nos. 100-102, art. cit., pp. 417 ss.

166. Ver Cuadro N° 7.

167. César Castillo, *Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 455, 459 y 460.

168. Pablo Santolaya Machetti, *El regimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 232; Pedro Cruz Villalón, *Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)*, en Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider, Sole Tura, Spagna Musso y otros, *El Gobierno...*, op. cit., pp. 145 ss.

169. Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho...*, op. cit., p. 102; asimismo, Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español...*, op. cit., pp. 137 ss.

- a. Son normas extraordinarias o excepcionales que se dictan ante una especial situación de necesidad o urgencia, que decide o interpreta el Presidente, con la finalidad de resolver inmediatamente una grave crisis, que provocaría un mal mayor para el interés nacional si no interviniese el gobierno¹⁷⁰.
- b. La validez de los decretos de urgencia tienen una periodicidad limitada, debido a que las situaciones de crisis que crean un estado de necesidad y urgencia que las justifican, por regla general siempre son transitorias¹⁷¹; de lo contrario, si ese estado excepcional se prolongase, el Congreso podría legislar sobre el tema y no sólo convalidar mediante un voto de indemnidad los decretos de urgencia, o a través de un silencio positivo que convalide dichas normas con fuerza de ley.
- c. Estas normas se denominan decretos de urgencia y tienen fuerza de ley relativa, por cuanto no tienen fuerza pasiva, es decir, pueden ser modificados por una norma similar y desde ya superior a éstas; pero si cuenta con fuerza activa, en tanto pueden modificar o suspender los efectos sólo de las leyes ordinarias en el ámbito de su competencia, teniendo como límites generales la protección de los derechos fundamentales¹⁷².
- d. Dictar decretos de urgencia es una atribución del Presidente de la República, pero que requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros y el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros.
- e. Los decretos de urgencia están reservados para regular sólo materia económica y financiera, pero si bien podría entenderse de carácter pública o privada, la práctica se ha orientado hacia la intervención sólo en el manejo de los aspectos presupuestales, financieros y crediticios públicos, que son normados por ley. La regulación legal de cualquiera de esas tres sub-materias constituye el objetivo único de los decretos de urgencia y no el suplementario o accesorio.
- f. Los decretos de urgencia están a condición de que lo requiera el interés nacional, que si bien es un concepto jurídico abierto o indeterminado,

170. Pablo Santolaya Machetti, *El régimen constitucional de los decretos-leyes...*, op. cit., pp. 106 ss.

171. Al respecto, ver el artículo 4° de la Ley N° 25397, que estableció seis meses de vigencia de los entonces llamados decretos supremos extraordinarios; norma que se encuentra abrogada.

172. Luis Segura, *El control de los decretos-ley por el Tribunal Constitucional*, en RAP N° 104, mayo-agosto, Madrid, 1984, pp. 367 ss.

no es de carácter discrecional del gobierno; motivo por el cual, cabe el control parlamentario y judicial objetivo¹⁷³.

- g. El gobierno debe dar cuenta al Congreso de los decretos de urgencia, lo que supone, por un lado, la remisión fundamentada de dichas normas con fuerza de ley, y por otro, el control parlamentario de las mismas, mediante el pronunciamiento expreso o tácito de los legisladores, en tanto dichas normas afectan el ordenamiento legal que es dominio reservado del Congreso¹⁷⁴.
- h. El control judicial lo realiza el Tribunal Constitucional quien es competente para examinar la validez constitucional o no de los decretos de urgencia, tanto por el fondo como por la forma, sin perjuicio de que la justicia ordinaria se pronuncie sobre la constitucionalidad de su aplicación en un proceso concreto o en vía de amparo¹⁷⁵.

En la práctica constitucional peruana, los decretos de urgencia no han merecido un control constitucional del Tribunal Constitucional, debido a que no se ha planteado ni una acción de inconstitucionalidad contra dichas normas legales. Lo cual no significa que no hayan podido estar sujetas a control constitucional, por cuanto el Congreso tiene la función de ejercer el control posterior de los decretos de urgencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118°-19 de la Constitución, al disponer que el Presidente de la República debe “dar cuenta al Congreso” de los mismos¹⁷⁶.

Sin embargo, sólo se ha realizado el control parlamentario sobre tres decretos de urgencia: D. U. N° 029-97, N° 030-97 y N° 031-97, de conformidad el artículo 91° del Reglamento del Congreso ha dispuesto escuetamente el procedimiento respectivo. Esto se debe a que la mayoría parlamentaria ha sido renuente a disponer del efectivo control sobre dichas normas legales del

173. Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración...*, op. cit., pp. 134 ss.; asimismo, Luis Segura, *El control de los decretos-ley por el Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 362 ss.

174. Astarloa Huarte-Mendicoa, *Teoría y práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español...*, op. cit., pp. 142 ss.; asimismo, Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen 1..., op. cit., , 234-235.

* 175. José Soriano, *Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española*, en RAP, Nos. 100-102, op. cit., pp. 465 ss.; asimismo, Antonio Cano Mata, *Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional*, en RAP, N° 106, enero-abril, Madrid, 1985, pp. 171 ss.

176. Domingo García Belaunde, *La Constitución en el péndulo...*, op. cit., p. 100; asimismo, Francisco Eguiguren, *La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993...*, op. cit., p. 189.

Presidente, aunque sean inconstitucionales. A pesar que dicha norma señala que dentro de veinticuatro horas 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”. Pero, sólo en el caso de que se viole lo prescrito, dicha Comisión se pronunciará y recomendará su derogación al Congreso, que debe aprobarla por ley¹⁷⁷.

Práctica que, pese a los 391 decretos de urgencia dictados entre 1993 y 1997, sólo se ha aplicado en 3 casos pero, en todos los demás tan sólo ha operado un silencio convalidante de la mayoría parlamentaria, la cual, en el mejor de los casos, ha procedido a realizar un control oblicuo, que ha consistido en la presentación de proyectos de leyes modificando o derogando las materias de aquellos decretos de urgencia, o en su caso decretos legislativos, tratando así de evitar la finalidad y función de la dación de cuenta, que es el control parlamentario a los actos normativos del Presidente de la República; coadyuvando así a establecer un gobierno de los hombres y no un gobierno de la Constitución¹⁷⁸.

La práctica y la teoría constitucional del control constitucional de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo esbozada, presentan una gran divergencia entre la norma, la doctrina y la realidad constitucional, en la medida que no obstante ser el Poder Ejecutivo el principal centro de impulsión y dación de normas legales, a través de los decretos legislativos, decretos de urgencia, y en épocas no muy remotas de facto, mediante decretos leyes. La jurisdicción constitucional, en la versión del Tribunal de Garantías Constitucionales o en el Tribunal Constitucional, han llevado a cabo apenas un control constitucional relativo, debido a que si bien el TGC declaró algunos decretos legislativos inconstitucionales parcialmente, en cambio no asumió el reto constitucional de examinar la nueva institución presidencialista del decreto de urgencia. Mientras que el TC si bien se pronunció sobre algunos decretos legislativos, lo hizo declarando parcialmente la inconstitucionalidad de algunos de ellos, pero cuando resolvió sobre decretos leyes, asumió una irrestricta tesis convalidatoria de las normas del gobierno de facto.

177. *Reglamento del Congreso de la República. Texto Unico Ordenado*, Oficialía Mayor, Dirección General Parlamentaria, Área de Relatoría y Agenda, supervisión de la edición Sr. Hugo Rovira, elaboración y revisión Juan Huarcaya y Estuardo Morales. Elaboración del Índice Analítico: Carlos Maguñá, documento, Lima, s/f., p. 51.

178. Herbert Spiro, *Government by Constitution*, New York, Random House, 1959, pp. 361 ss.

En cualquiera de estos últimos supuestos, la jurisprudencia de la justicia constitucional refleja una posición constitucional subordinada al presidencialismo normativo antes que a la Constitución, debido a su dependencia abusiva a un positivismo legalista antes incluso que a un neoconstitucionalismo, como ocurre en sistemas constitucionales avanzados.. Lo cual pone en cuestión un tema más profundo para el Derecho Constitucional: la vinculación de los jueces constitucionales frente a la ley; tema que se puede caracterizar en la posición que ocupa el Tribunal Constitucional frente al Congreso.