

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**

**FACULTAD DE DERECHO**

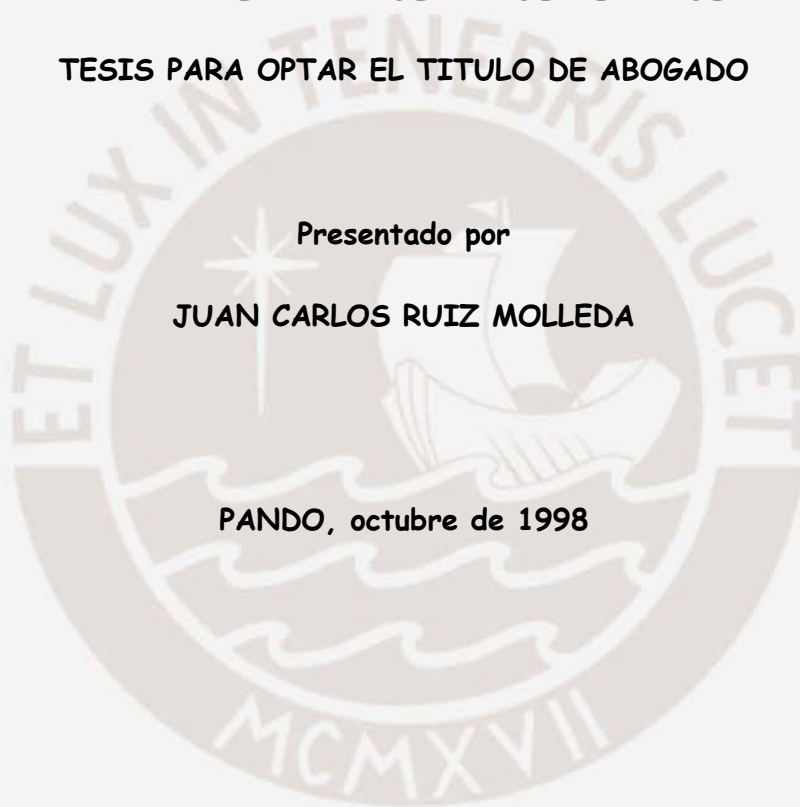
**EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA**

**TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**

**Presentado por**

**JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA**

**PANDO, octubre de 1998**





A mis padres, gracias  
una vez más.

*"Hasta el Senado llegaban difícilmente las amarguras que yo y  
mis compañeros representábamos.  
Aquella cómoda sala parlamentaria estaba como acolchada  
para que no repercutiera en ella el vocerío de las  
multitudes descontentas".*

*Pablo Neruda*

*"Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello,  
que allí donde el poder político no está restringido  
y limitado, el poder se excede (...) sólo los santos entre  
los detentadores del poder --¿y dónde se pueden encontrar?--  
serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder".*

*Karl Loewenstein*

*"...un cuerpo legislativo es poco digno del título de Congreso o  
Parlamento si meramente produce leyes como un salchichero  
produce salchichas".*

*Bernard Schwartz*

*"Las instituciones son seres vivos y no entregan fácilmente sus  
secretos...Ninguna institución importante es nunca lo que la ley  
se limita a definir"*

*Harold J. Laski*

## INDICE

## RESUMEN

## INTRODUCCIÓN

### CAPITULO I

#### PROBLEMA E HIPÓTESIS

1.1. El problema: "la expedición desmesurada de decretos de urgencia y la ineficacia del control parlamentario de dichas normas".

1.1.1. La indiscriminada e irregular expedición de Decretos de Urgencia en mayor número que las leyes ordinarias, violan el carácter excepcional de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo recogido en la Constitución Política de 1993.

1.1.2. El gobierno está expidiendo decretos de urgencia sin observar los requisitos que la Constitución Política y el Reglamento del Congreso exigen para ello.

1.1.3. Los Decretos de Urgencia quebranta el principio del Estado de Derecho

1.1.4. El Ejecutivo está expidiendo actos administrativos de contenido particular y de mandato ejecutivo mediante normas con rango de ley como son los Decretos de Urgencia

1.1.5. Los Decretos de Urgencia violan la Constitución y diferentes leyes expedidas por el Congreso que garantizan la transparencia en el gasto público.

1.1.6. El Poder Ejecutivo no ha entregado al Congreso los Decretos de Urgencia de carácter SECRETO para su supervisión y control

1.1.7. La expedición descontrolada de los decretos de urgencia vacía de contenido la noción de ley

1.2. Hipótesis: la causa de la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia está en la deficiente regulación legal

### CAPITULO II

#### LA FUNCION DE CONTROL

2.1. El control del poder del Estado

2.2.- Antecedentes del concepto de control del poder

2.2.1. El control y la separación de poderes

2.2.2. Equilibrio de poderes, autonomía y control del poder

2.2.3. El control como elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución

2.2.4. El principio del "poder limitado" como fundamento de la función de control

2.2.5. La Constitución Política como el primer instrumento de control del poder

2.2.6. El control como función estatal

2.3. El concepto de control del poder

2.3.1. Etimología del concepto de Control

2.3.2. Algunas definiciones del concepto de control

2.3.3. Crítica de algunas definiciones del control

2.3.4. Los problemas de una definición única

2.3.5. La relación entre garantía, limitación y control del poder

2.4. Clases de Controles.

2.4.1. El control jurídico

2.4.2. El control político

2.4.3. Diferencias entre el control jurídico y el control político

### CAPITULO III

#### EL CONTROL PARLAMENTARIO

- 3.1. Antecedentes
- 3.2. Fundamentos del Control Parlamentario
- 3.3. La mayoría parlamentaria como fundamento del control parlamentario
- 3.4. El control parlamentario en los regímenes políticos
  - 3.4.1. El control parlamentario en los regímenes parlamentaristas
    - 3.4.1.1. - La "noción de confianza" como fundamento del control parlamentario en el sistema parlamentarista
  - 3.4.2. El control parlamentario en los regímenes presidencialista
    - 3.4.2.1.- La noción de "responsabilidad política difusa" y la "relación de confianza atenuada" como fundamentos del Control Parlamentario en el sistema presidencialista
- 3.5. Contenido doctrinal del concepto de control parlamentario
- 3.6. Aproximaciones al concepto de control parlamentario
  - 3.6.1. El control como un instrumento para aplicar la responsabilidad y la sanción
  - 3.6.2. Teoría del control como sólo comprobación y verificación
  - 3.6.3. Crítica a la teoría de Montero Gibert y García Morillo
  - 3.6.4. Del control "del" Congreso al control "en" el Congreso: La racionalidad del control parlamentario:
  - 3.6.5. La prensa, la transparencia y el control del poder político
    - 3.6.5.1. La necesidad de una prensa independiente y con voluntad de controlar al poder político
    - 3.6.5.2. Libertad de expresión
    - 3.6.5.3. La información como condición necesaria para ejercer la función de control Parlamentario
- 3.7. El control que realiza el Congreso es un "control político"
  - 3.7.1. Crítica a las tesis que consideran como control jurídico el control parlamentario
  - 3.7.2. El control parlamentario como control político
  - 3.7.3. El control político del Congreso y la posible obstrucción del ejercicio de la función gubernativa del Gobierno
  - 3.7.4. La perspectiva funcionalista como un criterio para diferenciar el control parlamentario y el control del Tribunal Constitucional
- 3.8. Estructura del control parlamentario
  - 3.8.1. Los sujetos
    - 3.8.1.1. El partido gobernante no puede controlarse así mismo
    - 3.8.1.2. La subordinación al Gobierno del Ejecutivo
  - 3.8.2. El objeto del control
  - 3.8.3. La finalidad
  - 3.8.4. El parámetro del control parlamentario
    - 3.8.4.1. La naturaleza del pronunciamiento del Congreso: La valoración del Congreso y el parámetro subjetivo del control político
    - 3.8.4.2. La disponibilidad del parámetro de control: Los criterios de valoración
      - 3.8.4.2.1. Parámetro del Control Parlamentario de la mayoría
      - 3.8.4.2.2. Parámetro del Control Parlamentario de la oposición o de la minoría
      - 3.8.4.2.3. El Parámetro "debería ser" la voluntad del soberano: Una concepción de control inclusiva del soberano en su calidad de titular del control parlamentario
    - 3.8.4.3. El parámetro en el caso de los decretos de urgencia
    - 3.8.4.4. La voluntariedad en el control
    - 3.8.4.5. Crítica y límites a la teoría del parámetro objetivo del control jurídico
    - 3.8.4.6. El Estado de Derecho y la Constitución Política
  - 3.8.5. Los instrumentos y las modalidades
    - 3.8.5.1. Clases de instrumentos de Control Parlamentario

- 3.8.5.1.1. Instrumentos en los que la decisión parlamentaria tiene efectos materiales inmediatos
  - 3.8.5.1.2. Instrumentos en los que la decisión parlamentaria conlleva un efecto valorativo inmediato sobre la acción del Gobierno y, por ende, sobre la relación fiduciaria que vincula al Parlamento con el Gobierno
  - 3.8.5.1.3. Instrumentos que proporcionan información y, por ello, la posibilidad de una valoración ulterior del Estado de la relación fiduciaria entre ambos órganos, y que no sirven propiamente a la función de control de manera inmediata
- 3.9. Algunas otras condiciones para el ejercicio de la función de control parlamentario
- 3.9.1. Existencia de voluntad política de control parlamentario de los D.U.
  - 3.9.2. Real separación de poderes e Independencia política frente al Ejecutivo
  - 3.9.3. Existencia de equipamiento suficiente y capacidad de seguimiento de control parlamentario de los D.U.
  - 3.9.4. La existencia de una sociedad y de una opinión pública participativa

#### **CAPITULO IV**

#### **EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION COMPARADA**

- 4.1. Definición y delimitación del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia
- 4.2. Fundamentos del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia
  - 4.2.1. La ley es la expresión de la voluntad popular
  - 4.2.2. El Congreso es el depositario natural de las facultades legislativas
  - 4.2.3. El control parlamentario como expresión de la colaboración de los poderes
- 4.3. Otros fundamentos del control parlamentario de los decretos de urgencia
  - 4.3.1. El control parlamentario asegura el carácter público del procedimiento legislativo y la legitimidad del decreto de urgencia
  - 4.3.2. El control parlamentario asegura la representatividad y de pluralismo político
  - 4.3.3. El control parlamentario asegura el debate, la contradicción, la transacción, el consenso y la legitimación
  - 4.3.4. El control parlamentario permite la deliberación
  - 4.3.5. El control parlamentario permite la participación de la oposición y de las minorías en la elaboración del decreto de urgencia
  - 4.3.6. El control parlamentario permite asegurar el respeto a la seguridad jurídica
- 4.4. Naturaleza del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia
  - 4.4.1. Control de los decretos de urgencia es también un acto legislativo
  - 4.4.2. Un control a posteriori y de efectos sustitutorios
  - 4.4.3. El control parlamentario es un derecho propio
- 4.5. Elementos del control parlamentario
  - 4.5.1. Los sujetos Sujeto Activo: El Congreso
  - 4.5.2. Objeto
  - 4.5.3. Sujeto u objeto pasivo: El Gobierno o el decreto de urgencia
  - 4.5.4. Parámetro
    - 4.5.4.1. El control parlamentario de los decretos de urgencia como un control político
      - 4.5.4.1.1. El principio de oportunidad y de libertad de criterio como parámetro fundamental del control político
    - 4.5.4.2. El control parlamentario como control de la legalidad constitucional
      - 4.5.4.2.1. El Congreso vela por la vigencia de la Constitución pero no declara la inconstitucionalidad
      - 4.5.4.2.2. Puede el Congreso cuidar de la Constitucionalidad de las Leyes



- 4.5.4.2.3. El Congreso carecen de la independencia para ejercer jurisdicción
  - 4.5.4.2.4. Los límites del control de la legalidad y de la Constitucionalidad
  - 4.5.4.2.5. El Control de la constitucionalidad por órganos "esencialmente" políticos ha sido ya superada
  - 4.5.4.2.6. La experiencia del Consejo Constitucional Francés: Control de la constitucionalidad por un órgano político
  - 4.5.4.2.7. Nuestra posición
  - 4.5.4.3. Criterios de análisis del control de la Constitucionalidad de los decretos de urgencia:
    - 4.5.4.3.1. Evaluación de la existencia del supuesto de hecho: la Cláusula "*extraordinaria y urgente necesidad*"
      - 4.5.4.3.1.1. Imposibilidad de utilizar los canales ordinarios
      - 4.5.4.3.1.2. La necesidad y urgencia: definición jurídica o política (Los conceptos jurídicos indeterminados)
      - 4.5.4.3.1.3. La necesidad y la urgencia como "presupuesto habilitante del decreto de urgencia"
        - 4.5.4.3.1.3.1. Sobre lo extraordinario
        - 4.5.4.3.1.3.2. Sobre la necesidad (La teoría de la necesidad relativa y la necesidad absoluta)
        - 4.5.4.3.1.3.3. Crítica a la teoría de la necesidad relativa
        - 4.5.4.3.1.3.4. La necesidad relativa y el uso arbitrario y abusivo
        - 4.5.4.3.1.3.5. Sobre la "urgencia"
          - 4.5.4.3.1.3.5.1. La eficacia inmediata
          - 4.5.4.3.1.3.5.2. La técnica de anticipación
      - 4.5.4.3.1.4. La "extraordinaria y urgente necesidad", condición del contenido del decreto ley  
Un supuesto problemático: "la inadecuación sobrevenida" del decreto-ley
    - 4.5.4.3.1.5. Sobre la "urgencia"
      - 4.5.4.3.1.5.1. La eficacia inmediata
      - 4.5.4.3.1.5.2. La técnica de anticipación
  - 4.5.4.3.1.4. La "extraordinaria y urgente necesidad", condición del contenido del decreto ley  
Un supuesto problemático: "la inadecuación sobrevenida" del decreto-ley
- 4.5.4.4. Algunos principios importantes para evaluar la constitucionalidad de los decretos de urgencia
  - 4.5.4.4.1 El principio de la razonabilidad
  - 4.5.4.4.2. Principio de Proporcionalidad y Equidad
  - 4.5.4.4.3. El control de los elementos reglados: En especial el control del fin y la desviación del poder
  - 4.5.4.4.4. El control de los hechos determinantes
  - 4.5.4.4.5. Los Principios Generales del Derecho
- 4.5.4.5. Los "Valores Superiores" como criterio de evaluación de los decretos de urgencia
- 4.5.4.6. Evaluación del principio de Oportunidad y Conveniencia dentro del control político de los decretos de urgencia
- 4.5.5. Finalidad del Control parlamentario de los decretos de urgencia
- 4.5.6. Procedimiento de control de los decretos de urgencia
  - 4.5.6.1. La remisión del decreto de urgencia
    - 4.5.6.1.1. No-remisión del Decreto de urgencia
  - 4.5.6.2. El Pronunciamiento del Congreso
    - 4.5.6.2.1. El "dar cuenta" del decreto de urgencia
  - 4.5.6.3. El Pronunciamiento expreso o tácito del Poder Legislativo. La interpretación del silencio del Legislativo.
    - 4.5.6.3.1. La doctrina administrativa del silencio administrativo y el silencio del Congreso
    - 4.5.6.3.2. La teoría de los actos complejos y el silencio negativo

- 4.5.6.3.3. En que se expresa la voluntad del soberano: Acuerdo y leyes
- 4.5.6.4. Facultad de modificación del decreto de necesidad y urgencia
  - 4.5.6.4.1. El debate y votación de la totalidad del decreto de urgencia
  - 4.5.6.4.2. La posibilidad de modificación de los decretos de urgencia
  - 4.5.6.4.3. Puede establecerse límites al Control Parlamentario
- 4.5.6.5. La posibilidad del veto y la observación del Presidente de la República sobre la convalidación del decreto de urgencia
- 4.5.6.6. Efectos de la revocación o rechazo del decreto de necesidad de urgencia.
  - 4.5.6.6.1. Efectos ex nunc de la derogación
  - 4.5.6.6.2. Efectos ex tunc de la derogación
  - 4.5.6.6.3. El caso de los derechos adquiridos
  - 4.5.6.6.4. La reviviscencia de las normas suspendidas
- 4.5.6.7. Relación del control parlamentario de los decretos de urgencia en relación con el control del Tribunal Constitucional y del control difuso
- 4.5.6.8. Relación del control difuso y el control parlamentario

## **CAPITULO V**

### **EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN EL PERÚ**

- 5.1. El control parlamentario en nuestro sistema jurídico
  - 5.1.1. La función de Control Parlamentario en el Constitución Política de 1993
  - 5.1.2. La función de Control Parlamentario en el Reglamento del Congreso de la República
- 5.2. Antecedentes del control parlamentario de los decretos de urgencia.
  - 5.2.1. Primer Período: 1933-1979 (La obligación legal de dar cuenta)
    - 5.2.1.1. El Control Parlamentario de las normas de emergencia en la Constitución de 1933
    - 5.2.1.2. Ley N° 14953
    - 5.2.1.3.- Ley N° 16701
    - 5.2.1.4. Ley N° 17044
  - 5.2.2. Segundo Período: 1979-1992 (Constitucionalización de la obligación de dar cuenta)
    - 5.2.2.1. Constitución Política de 1979
    - 5.2.2.2. Pronunciamientos del Colegio de Abogados de Lima
    - 5.2.2.3. El proyecto del Instituto Libertad y Democracia
    - 5.2.2.4. Pronunciamientos de los Decanos de las Facultades de Derecho de la República
    - 5.2.2.5. Proyectos de Ley proponiendo el Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia
      - 5.2.2.5.1. Primer proyecto de Bernales
      - 5.2.2.5.2. Proyecto de los Diputados del Partido Popular Cristiano
      - 5.2.2.5.3. Proyecto de Joffre Fernández Valdivieso
      - 5.2.2.5.4. Dictamen y proyecto sustitutorio del proyecto del Alberto Borea y de Joffre Fernández
      - 5.2.2.5.5. Segundo proyecto de Ley de Bernales (N° 11/90-S, del 8 de agosto de 1990)
      - 5.2.2.5.6. El proyecto de Ley de Ulloa, Acurio y Arroyo (N°143/90-S)
      - 5.2.2.5.7. El proyecto de Ley de Roger Cáceres Velázquez (N° 617/90-S)
  - 5.2.3. Tercer Período: febrero de 1992-abril de 1992 (Primera legislación sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia)
    - 5.2.3.1. Ley N° 25397 (Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República)
    - 5.2.3.2. Las observaciones del gobierno
    - 5.2.3.3. La respuesta del Congreso a las observaciones del Parlamento



- 5.2.3.4. El dictamen en minoría del Senado en respuesta a las observaciones del Presidente
- 5.2.3.5. El dictamen de los Diputados en respuesta a las observaciones del Presidente
- 5.2.4. Cuarto Período: abril de 1992-diciembre de 1993 (Ausencia de todo control parlamentario)
- 5.2.5. Quinto Período: diciembre de 1993-mayo de 1995 (Constitucionalización del control parlamentario)
- 5.2.6. Sexto Período: mayo de 1995 - actualidad (Segunda legislación sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia)
  - 5.2.6.1. Los dictámenes de control de los decretos de urgencia presentados Carlos Chipoco
  - 5.2.6.2. Formación de la "Subcomisión de Trabajo de la Comisión de Constitución, encargada de estudiar la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos"
  - 5.2.6.3. Los dictámenes de la "Subcomisión"
  - 5.2.6.4. Proyecto de Ley presentado por Jorge Trelles
  - 5.2.6.5. Informe del Poder Ejecutivo sobre los decretos de Urgencia
  - 5.2.6.6. Proyecto de Ley orgánica del Poder Ejecutivo
  - 5.2.6.7. El primer caso de derogación de decretos de urgencia por el Congreso de acuerdo al art. 91º del Reglamento: La derogación de los D.U. Nº 029, 030 y 031.
    - 5.2.6.7.1. Cronograma de los Hechos
    - 5.2.6.7.2. Aspectos procedimentales
    - 5.2.6.7.3. Aspectos de fondo
    - 5.2.6.7.4. La Constitución Política como parámetro "explícito" del control parlamentario de los decretos de urgencia
    - 5.2.6.7.5. En relación a los requisitos constitucionales para expedir decretos de urgencia
      - 5.2.6.7.5.1. Sobre la urgencia
      - 5.2.6.7.5.2. Sobre el interés nacional
- 5.3. El control parlamentario de los decretos de urgencia en nuestro ordenamiento vigente
  - 5.3.1. Sujetos del control parlamentario
  - 5.3.2. Objeto del control parlamentario
  - 5.3.3. Finalidad
  - 5.3.4. Procedimiento
    - 5.3.4.1. Procedimiento "específico" de control de los decretos de urgencia
      - 5.3.4.1.1. El Gobierno da cuenta al Congreso.-
        - 5.3.4.1.1.1. Cómo ha funcionado hasta ahora el dar cuenta
      - 5.3.4.1.2. El Presidente del Congreso envía a la Comisión de Constitución
      - 5.3.4.1.3. Calificación de los decretos de urgencia
        - 5.3.4.1.3.1. ¿Qué pasa si no se presenta dictamen?. El silencio legislativo positivo
      - 5.3.4.1.4. Eventual derogación del Decreto de urgencia
        - 5.3.4.1.4.1. ¿Puede el Presidente observar la derogatoria del DU?
        - 5.3.4.1.4.2. El Pleno del Congreso debe votar el dictamen de la Comisión de Constitución en su sesión siguiente
        - 5.3.4.1.4.3. No existe plazo para la promulgación de la ley que deroga el decreto de urgencia
        - 5.3.4.1.4.4. Los efectos de la no-convalidación o derogación del decreto de urgencia
    - 5.3.4.2. Procedimiento legislativo de Control de los decretos de Urgencia

- 5.3.4.3. El control parlamentario de los decretos de urgencia clasificados secretos
- 5.3.5. Parámetro(s) de Control Parlamentario
  - 5.3.5.1. El Parámetro del Control Político
    - 5.3.5.1.1. Marco normativo nacional del parámetro del Control Político de los decretos de urgencia
  - 5.3.5.2. El Parámetro del Control jurídico constitucional
    - Marco normativo del control parlamentario de la constitucionalidad de los decretos de urgencia
    - 5.3.5.2.1. Requisitos constitucionales de fondo para la expedición de los decretos de urgencia
      - 5.3.5.2.1.1. El control del ámbito material de la norma: Económico financiera.
        - 5.3.5.2.1.1.1. Referencia directa y esencial a la materia económica
        - 5.3.5.2.1.2. El requisito de la necesidad y urgencia
        - 5.3.5.2.1.3. El requisito de situación extraordinaria e imprevisible
        - 5.3.5.2.1.4. El requisito de riesgo y peligro inminente para la economía
        - 5.3.5.2.1.5. El interés nacional
        - 5.3.5.2.1.6. Prohibición de tocar materia tributaria
      - 5.3.5.2.2. Requisitos constitucionales formales para la expedición de los decretos de urgencia
        - 5.3.5.2.2.1. Obligación de refrendar los decretos de urgencia
        - 5.3.5.2.2.2. Dar cuenta al Congreso
      - 5.3.5.2.3. Requisitos que se pueden deducir por interpretación de la Constitución
        - 5.3.5.2.3.1. La Transitoriedad o Provisionalidad
        - 5.3.5.2.3.2. Imposibilidad del gobierno de actuar utilizando los medios a su alcance
        - 5.3.5.2.3.3. Tienen que estar por escrito los fundamentos del decreto de urgencia
        - 5.3.5.2.3.4. No pueden modificar la Constitución Política
        - 5.3.5.2.3.5. Los decretos de urgencia deben tener contenido de ley
        - 5.3.5.2.3.6. No pueden exonerar de licitación pública
        - 5.3.5.2.3.7. El autor del decreto de urgencia debe ser ajeno a las circunstancias que lo hacen imprescindible
        - 5.3.5.2.3.8. Los decretos de urgencia no pueden modificar la Ley de Presupuesto
        - 5.3.5.2.3.9. Los decretos de urgencia no pueden modificar leyes orgánicas
        - 5.3.5.2.3.10. La inadecuación sobrevenida de los decretos de urgencia
- 5.4. El control parlamentario de los decretos de urgencia secretos
- 5.5. Algunas otras causas de la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia
  - 5.5.1. El Gobierno cuenta con más recursos, instrumentos y asesoría técnica que el Parlamento
  - 5.5.2. El Congreso antes que legislar y controlar al Gobierno quiere gobernar a su lado
  - 5.5.3. La "sobrecarga" del trabajo parlamentario
  - 5.5.4. Irreversibilidad de los decretos de urgencia y la seguridad jurídica

## **CONCLUSIONES**

## **SUGERENCIAS:**

- I. Modificación del Reglamento del Congreso de la república en lo relacionado con el control parlamentario de los decretos de urgencia
- II. Modificación de la ley orgánica del poder ejecutivo
- III. Modificación de la Constitución Política

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- Anexos
- Documentos legislativos
- Fuentes Normativas
- Otras fuentes bibliográficas



## RESUMEN

La finalidad de este trabajo es analizar el control de los decretos de urgencia que realiza el Congreso de la República en nuestro ordenamiento jurídico, buscando delimitar las características específicas que este asume, en relación con otros controles.

La estructura del presente trabajo consta de cinco capítulos. El primer capítulo es una suerte de introducción y de antecedente al problema en cuestión, cual es la desmesurada y descontrolada expedición de los decretos de urgencia por parte del Poder Ejecutivo y la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia. En él se señala la magnitud del problema, y cuales son las consecuencias si no se realiza el control parlamentario de este tipo de medidas. En el segundo capítulo, revisaremos algunas nociones sobre la función de control en general, donde podremos apreciar la centralidad e importancia de la función de control para el correcto funcionamiento del sistema político. Por último, en dicho capítulo trataremos de diferenciar entre lo que la doctrina denomina control jurídico y control político. En el tercer capítulo, trabajaremos el tema del control parlamentario, es decir, las características y matices que adopta el control, cuando es realizado por el Parlamento. Aquí trataremos de analizar los fundamentos del control parlamentario, así como las particularidades que la función de control asume cuando este se realiza en un régimen político parlamentario y en un régimen presidencial.

En el cuarto capítulo delimitaremos aún más nuestro campo de atención. Así, el tema será exclusivamente el control parlamentario de los denominados decretos de necesidad y urgencia tanto en la doctrina como en la legislación comparada. Revisaremos los diferentes modelos de control que en otros países existe, así como sus aportes a la doctrina y a la legislación. Este capítulo a su vez servirá de antesala, para trabajar el quinto y último capítulo. En este último capítulo, el análisis se centrará en el control de los decretos de urgencia en nuestro ordenamiento jurídico nacional vigente. En este capítulo, el trabajo se dividirá básicamente en dos partes. En una primera se trabajará los antecedentes del control parlamentario de los decretos de urgencia hasta nuestros días, marcando y denotando todo el proceso trajinado hasta el día de hoy. En una segunda parte se analizará en forma crítica el modelo peruano de control de los decretos de urgencia. El capítulo quinto queremos concluirlo con una propuesta de reforma legislativa, propuesta en donde queremos condensar y sintetizar nuestras reflexiones realizadas a lo largo de este trabajo.

## INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Política en consonancia con la doctrina constitucional moderna y la legislación comparada le reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de expedir normas con rango de ley en circunstancias especiales y siempre en forma excepcional, facultad que se materializa a través de los decretos de necesidad y urgencia y mediante la legislación delegada. Estas facultades, no significan un poder legislativo paralelo e ilegítimo, sino que el Poder Ejecutivo por mandato constitucional, "*participa y colabora*" con el Congreso en la tarea legislativa, con los límites y requisitos que la Constitución y el Reglamento del Congreso establecen, y con el control parlamentario posterior.

Sin embargo, no obstante el diseño constitucional, en la realidad, el Poder Ejecutivo desde 1980 viene expidiendo más normas con rango de ley que el propio Congreso, básicamente a través de los decretos de urgencia. Incluso en el ámbito de contenidos, las normas que expide el Gobierno en relación con las que expide el Parlamento, resultan de mayor importancia cualitativa para el país. El problema no es el uso de los decretos de urgencia, pues estamos ante una facultad debidamente constitucionalizada, sino cuando esta utilización deviene en un uso exagerado, desmesurado, y sin el control parlamentario correspondiente, generando no sólo perniciosos efectos a la legalidad y al sistema jurídico nacional, sino sobre todo, convirtiendo al Poder Ejecutivo en un poder legislativo unilateral y paralelo

1.

Sin embargo, nuestro interés no lo constituyen los decretos de urgencia en sí mismos, sino el control de estos, a cargo del Congreso de la República, una vez que han sido expedidos. La voracidad legislativa del Poder Ejecutivo ya ha sido en su momento analizada, estudiada y hasta denunciada, por no pocos juristas, congresistas y políticos. En ese sentido, el presente trabajo quiere inscribirse en esta línea de reflexión trazada ya en torno a esta problemática de los decretos de urgencia.

El procedimiento de elaboración de los decretos de urgencia tiene dos etapas -que como bien señala De Otto<sup>2</sup>--, que han de estudiarse por separado. Una primera en la que el decreto de urgencia es aprobado por el Gobierno, con inmediata entrada en vigor, pero con vigencia sujeta a un plazo; y una segunda etapa en la que es sometido al control del Congreso y, en caso de ser convalidado, pierde su carácter

---

1.- Pedro Planas, Derecho Parlamentario, Ediciones Forenses, Lima, 1997, pág. 581.

2.- De Otto, Ignacio. El Decreto ley, En: Derecho Constitucional. Sistema de la Fuentes. Editorial Ariel, 2º reimpresión, Barcelona, 1991, pág. 202



provisional. La primera etapa ha merecido en nuestro medio diferentes estudios, razón por la cual no será aquí desarrollada in extenso. En cambio, lo que nos interesa es esta segunda etapa.

Básicamente dos son los órganos a quienes la Constitución les encarga ejercer el control de los decretos de urgencia. De un lado tenemos el Tribunal Constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad, junto con los jueces y magistrados del Poder Judicial, mediante el control difuso, y de otro, el Congreso de la República. Nos interesa este último. No es nuestra preocupación el control que realiza el Tribunal Constitucional ni los jueces o magistrados, sino el control realizado por el Parlamento de este tipo de normas.

Una lectura rápida de algunos trabajos académicos sobre la materia, de la Constitución, y sobre todo, del propio Reglamento del Congreso, parecen sugerirnos, que el control parlamentario de los decretos de urgencia consiste en la verificación por parte de la representación nacional, del cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra Constitución Política para la expedición de dichas normas (es decir, control de la Constitucionalidad). Sin embargo, la existencia de poquísimos decretos de urgencia derogados a pedido del Congreso --sólo 3 de los 288 expedidos por el gobierno de agosto de 1995 a mayo de 1998--, nos suscitan dos posibles explicaciones. Una primera explicación, consecuencia lógica del reducido número de decretos de urgencia derogados sería entonces, que el Poder Ejecutivo está respetando escrupulosamente la Constitución Política y el Reglamento del Congreso cuando expide los decretos de urgencia. Esto significa, su absoluto respeto y observancia a los requisitos exigidos por cuando expide las referidas normas.

Sin embargo, esta conclusión no resiste la menor comprobación empírica. Para ello, basta con leer regularmente el Diario Oficial "El Peruano" con atención, para darse cuenta de la inobservancia sistemática por parte del Gobierno de los requisitos constitucionales. La otra conclusión luego de descartar la primera explicación, es convenir en la total ineficacia del control parlamentario sobre los decretos de urgencia, **como responsable de la constitucionalidad de los decretos de urgencia**, es decir, como responsable de la verificación si el Gobierno ha observado los requisitos que la Constitución le asigna para la expedición de los decretos de urgencia.

Esto implica en primera instancia, aceptar que la causa de la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia, estaría en la deficiente regulación legal de este en el Reglamento. Efectivamente, al parecer hay algo en el modelo de control parlamentario asumido por nuestra Constitución y por nuestro Reglamento del Congreso de la República, que le impide actuar con eficacia a la hora de verificar si el Gobierno ha observado los requisitos que la Primera Carta Política exige. La sistemática ineficacia por parte del Congreso para realizar este control, no obstante



el incumplimiento de los requisitos para expedir estas normas por parte del gobierno, cuestiona esta concepción y este modelo de control parlamentario. Es este el punto de partida del presente trabajo.

Consideramos que existen problemas en la propia conceptualización teórica del control parlamentario asumido por nuestra legislación, que no responden ante la realidad política diaria y concreta de los decretos de urgencia y sobre todo a la naturaleza política del Congreso.

En este marco, nos interesa cuestionar especialmente aquella concepción teórica que entiende el control parlamentario de los decretos de urgencia como un control exclusivamente de constitucionalidad, sino similar al que realiza el Tribunal Constitucional, si muy parecido. Cuestionamos, la posibilidad que un órgano eminentemente político y titular de la representación nacional como es el Congreso de la República, pueda asumir con eficacia e idoneidad el control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, tal como lo establece el Reglamento del Congreso. Es decir, si el Congreso, y más realistamente, la mayoría parlamentaria estrechamente soldada al Poder Ejecutivo --que son quienes finalmente y en última instancia toman las decisiones-- cuenta con la independencia e imparcialidad suficiente frente al Poder Ejecutivo, autor de los decretos de urgencia, como para velar por la vigencia de nuestra primera carta política. Es decir, si le vamos a confiar la declaración de la inconstitucionalidad de los decretos de urgencia, al Congreso, teniéndose presente que este es un órgano extremadamente sensible y vulnerable a las presiones políticas, sea que estas vengan del Poder Ejecutivo, de los partidos políticos, del electorado, de sus representantes y clientelas políticas partidarias, de la opinión pública, la prensa, los gremios y sectores académicos, etc.

Recuérdese el caso de la controvertida ley 26657, más conocida como Ley de la reelección presidencial, donde se violaba y hasta modificaba la Constitución a través de la recurrencia al fácil recurso de la interpretación "auténtica"; o el otro caso, de la acusación y destitución de los miembros del Tribunal Constitucional, como consecuencia de la declaración de inaplicación de la ley de interpretación auténtica al caso del Presidente Alberto Fujimori.

Cuestionamos, que el control que realiza el Congreso sea exclusivamente un control de la constitucionalidad, de lo contrario, se estaría admitiendo tácitamente, la virtual duplicidad de funciones del Congreso con el Tribunal Constitucional, en lo referido al control de constitucionalidad de los decretos de urgencia, situación que no es admisible, en virtud de un principio de coherencia y competencia de ordenamiento. Estimamos que existe diferencia entre el control parlamentario y la acción de inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia, de lo contrario, habría que preguntarnos, cual es el sentido de esta suerte de paralelismo ocioso e irracional. En

suma, sentimos la necesidad de revisar y replantear la concepción de control parlamentario de los decretos de urgencia, presente en el Reglamento del Congreso, en la Constitución Política, en el ordenamiento jurídico y en algunos miembros de la representación nacional.

Nos preocupa entonces la especificidad del control realizado por el Parlamento, frente a otros tipos de control como pueden ser, el Tribunal Constitucional, la Contraloría Nacional de la República, el propio Defensor del Pueblo, etc. Consideramos que el control que realiza el Parlamento tiene un perfil y unas características propias que lo diferencian de otros controles especialmente del Tribunal Constitucional, rasgos que de alguna manera surgen como consecuencia de la naturaleza esencialmente político que posee y que adoptan sus decisiones por mayoría, así como su condición de titular de la representación de la voluntad popular.

Creemos que, la sistemática ineficacia del control parlamentario puede ser entendida y explicada de una manera más adecuada, si concebimos al control parlamentario como un control básicamente aunque no exclusivamente político. No consideramos que exista necesariamente una deliberada renuncia o abdicación del Congreso en su misión de controlar la constitucionalidad de los actos de gobierno, sino en su lugar una suerte de imposibilidad de hacerlo como consecuencia de la propia estructura y de las relaciones y compromisos que la mayoría parlamentaria desarrolla con el Poder Ejecutivo.

Esto no significa que el Congreso no esta sometido a la Constitución Política y a las demás normas, ni que en el Congreso no se utilice ni se invoque argumentos como la violación de la Constitución y de las normas legales para descalificar y/o oponerse a determinada conducta y norma. Sin embargo,

No podemos dejar de reconocer que la interpretación que de la Constitución haga el Congreso, será una interpretación distinta a la que hagan miembros del Tribunal Constitucional. En todo caso, estos últimos tienen más independencia e imparcialidad "política" que los miembros del Parlamento. La falta de independencia se hace más evidente si reparamos en que no todos los miembros del Poder Legislativo tienen formación jurídica, sino que sólo el 28% de los miembros del Parlamento son abogados de profesión<sup>3</sup>, y no necesariamente con especialización en derecho constitucional. En definitiva, no podemos desconocer que cuando hablamos de control parlamentario de los decretos de urgencia, estamos ante una interpretación política de la Constitución.

---

3.- Instituto APOYO, Agenda Parlamentaria. Volumen 1 Número 1, Lima, abril 1996.

Consideramos que estudiar y analizar el tema del control parlamentario de los decretos de urgencia, no sólo implica satisfacer una sana curiosidad académica, sino seguir reflexionando sobre uno de los problemas que siguen cuestionando y desafiando al derecho constitucional y a la institución parlamentaria. En efecto, supone situarse en el corazón de las difíciles y tensas relaciones entre el Gobierno y el Congreso, relaciones que de por sí son problemáticas, toda vez que nos encontramos ante un Poder Ejecutivo cada vez más dinámico y expeditivo, que viene sumando cada vez más poder e infraestructura técnica, al lado de un Congreso que además de su incapacidad para modernizarse y adecuarse a los cambios que plantean los nuevos tiempos, tiene que agregar una estructura orgánica con procedimientos sumamente lentos, y algunas veces inevitables.

No queremos concluir esta introducción sin señalar la importancia política y jurídica que para nosotros tiene trabajar el tema del control parlamentario. En primer lugar tiene una importancia política fundamental para nuestro régimen político. Esta se evidenció en el golpe del 5 de abril de 1992, hecho que como más adelante lo señalaremos tuvo --para muchos juristas y políticos-- entre sus principales causas la "Ley de control de actos normativos del Presidente de la República" (Ley N° 25397) que expidiera y promulgara el Congreso un par de meses antes del golpe, norma que por fin establecía el procedimiento para desarrollar el control parlamentario de los decretos de urgencia --entre otras instituciones normativas--. Es más, para muchos políticos, la derogatoria de varios decretos legislativos por parte del Congreso al amparo de la ley mencionada significó una especie de golpe del Congreso contra el gobierno.

La importancia jurídica es también manifiesta, pues esta realidad cuestiona no sólo la Constitución Política y el Reglamento, situación de por sí grave si reparamos que ella constituye la norma fundamental del ordenamiento jurídico, sino los fundamentos del Estado moderno, una de cuyos principios es la distribución de funciones y la existencia de unos sistemas de controles mutuos. De alguna manera nos encontramos ante un proceso de redefiniciones y de desplazamiento de la función legislativa del Parlamento al Poder Ejecutivo, proceso que se viene dando en nuestro país, no sólo cuantitativamente sino cualitativamente, arrinconando y empujando al Congreso a una redefinición si es que no a una segura crisis existencial acerca de su función al interior del sistema democrático.

Debemos precisar también que, no nos encontramos ante un problema aislado, de unas leyes más y leyes menos. Somos conscientes que de alguna manera, nos encontramos ante una de las expresiones quizás más evidentes, de una crisis por la que hoy transita los Parlamentos modernos. Los parlamentos modernos pareciera que han perdido la brújula acerca de la especificidad de su función dentro del sistema democrático (legislar, controlar, cogobernar). Quizá por avocarse a múltiples tareas,

han terminado por hacerlas todas mal. El presente trabajo, quiere ubicarse también la problemática antes referida dentro de un contexto mayor que es la crisis de la institución parlamentaria.

Este trabajo quiere ser también un trabajo de confrontación entre la doctrina y los diferentes instrumentos teóricos, y la realidad jurídica nacional, es decir, de la doctrina con el funcionamiento, es decir, de la doctrina con el funcionamiento real de las diversas instituciones parlamentarias. Intentamos cuestionar determinadas conceptos y concepciones que a nuestro criterio ya no sólo no explican ni orientan la realidad, sino que impiden su conocimiento y análisis. Sin embargo, esto no significa caer en un empirismo casuístico, que se pierda en el detalle, estamos convencidos de la importancia de la centralidad e importancia de los conceptos como instrumentos de reordenación y aprehensión de la realidad.

Así, tenemos dos tentaciones, de un lado el alejamiento de la realidad y el dogmatismo conceptual, y por otro lado el empirismo casuístico. En ese sentido, compartimos lo expresado por Manuel Aragón cuando señala que, *"la teoría no debe prescindir de su adecuación a la realidad, porque ello es lo que permite explicarla y también criticarla, como no debe tampoco prescindir del "sentido" por un afán de obtener la pureza del "concepto". El fanatismo teórico se presenta, pues, como el peor enemigo de la teoría, dado que puede conducirla a perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad, para convertirla en una teoría fantasmagórica, es decir, en una teoría que sólo permite conocer (...) a la propia teoría"*<sup>4</sup>.

Pretendemos en definitiva, confrontar la doctrina del control parlamentario primero, y la doctrina del control parlamentario de los decretos de urgencia en específico, con el modelo de control de este tipo de normas que asume nuestro ordenamiento jurídico. Somos conscientes, que este no es un tema inédito, sobre todo fuera del país. Ha sido trabajado por algunos autores sobre todo extranjeros, a quienes hemos intentado seguir. Ello, nos hace también, suscribirnos íntegramente, a lo señalado por Sartori, cuando expresa que *"No es fácil ser original. Casi siempre volvemos a descubrir, sin saberlo, lo ya descubierto, y aquello que nos parece nuevo es simplemente cualquier cosa que ya se había olvidado. Muchos son originales por indocta ignorancia. Otros buscan originalidad en el extremismo, que es lo menos original, pues vivir de las rentas de exagerar las ideas ajenas es llevar una vida mental parasitaria"*<sup>5</sup>.

---

4.- Manuel Aragón, Constitución y control del poder, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid 1995, pág. 68.

5.- Manuel Aragón, Constitución y Democracia, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 20.



*"No hay asunto público más importante  
que la aprobación de las leyes".  
Tomás Quadra Salcedo*

*los decretos de urgencia expedidos por el Gobierno  
"...han convertido al Ejecutivo en un poder legislativo  
unilateral y paralelo y mucho más aventajado"  
Pedro Planas*

## **CAPITULO I PROBLEMA E HIPÓTESIS**

### **1.1. EL PROBLEMA: "LA EXPEDICIÓN DESMESURADA DE DECRETOS DE URGENCIA Y LA INEFICACIA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE DICHAS NORMAS".**

El problema central del presente trabajo está compuesto de dos partes. En primer lugar, la expedición por parte del Poder Ejecutivo de más normas con rango de ley (decretos de urgencia y decretos legislativos), que el Poder Legislativo (leyes), tanto en el ámbito cuantitativo (cantidad) como cualitativo (importancia en relación con la solución de los grandes problemas del país); y en segundo lugar, la sistemática ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia en nuestro país.

En este primer capítulo entonces, mostraremos cual es la realidad de los decretos de urgencia en nuestro ordenamiento jurídico, a manera de diagnóstico. La idea en última instancia es demostrar la necesidad de realizar un control desde el parlamento de estas normas.

Expedir decretos de urgencia no tiene nada de ilícito, pues la propia Carta Política de 1993 ha constitucionalizado dicha facultad, y la propia doctrina ha reconocido que el Poder Ejecutivo *colabora* con el Congreso con la función legislativa, siempre dentro de los límites y condiciones que la Constitución establece<sup>8</sup>. Incluso, es

---

6.- Tomás Quadra-Salcedo, La delegación legislativa en la Constitución. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría. Tomo I. El orden jurídico, Civitas, Madrid, 1991, 1º edición, pág. 364.

7.- Pedro Planas, op .cit., pág. 581.

8.- Eduardo Espin Templado, El control de la actividad normativa del Gobierno, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 253 - 254. Según este autor, el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Ejecutivo "es un reflejo de la creciente colaboración que la evolución de los sistemas constitucionales ha impuesto a los poderes del Estado en el cumplimiento de sus funciones respectivas". Ver también lo señalado

evidente que en muchas situaciones se ha hecho un uso atinado y hasta beneficioso de tales atribuciones, sin embargo, en la mayoría de los decretos de urgencia advertimos que se vienen utilizando este tipo de medidas para un fin distinto al que se propuso el constituyente.

En nuestro país, la Constitución y el Reglamento del Congreso, han establecido y regulado claramente aquellos supuestos donde el gobierno puede de manera *excepcional* irrogarse facultades legislativas. No obstante ello, advertimos día a día como el gobierno viene expidiendo decretos de urgencia y decretos legislativos, que carecen de los requisitos exigidos por la Constitución Política. La proliferación de decretos de urgencia y de los decretos legislativos no es nueva. Ella ha sido advertida y denunciada suficientemente en diferentes trabajos académicos y en el mismo Congreso de la República. Estos trabajos han demostrado con cifras estadísticas, como el Gobierno comienza a emitir más normas con rango de ley que el propio Congreso de la República.

Según información proporcionada por el Congresista de la República Carlos Chipoco; desde agosto de 1995 hasta 15 de abril de 1998, el Poder Ejecutivo ha aprobado 392 normas con rango de ley. De ellas 287 han sido decretos de urgencia, es decir, no han requerido para ello de una ley autoritativa del Congreso, mientras que los decretos legislativos, producto de diversas leyes de delegación de facultades, han sido 105. Sin embargo, las leyes promulgadas y aprobadas por el Congreso en cambio es de sólo 354. Esto significa que el 52.5% de las normas con rango de ley producidas desde agosto de 1995 hasta el 15 de abril de 1998, son aprobadas por el Ejecutivo y solo el 47.5% son leyes aprobadas por el Congreso.

Por otro lado, una de las constataciones que encontramos, si seguimos con detenimiento la labor del Congreso es la sistemática dificultad del Congreso, para realizar el control de los decretos de urgencia.

Por otro lado, de los 268 decretos de urgencia sólo tres decretos de urgencia han sido derogados como consecuencia del proceso de control parlamentario de los decretos de urgencia, establecido en el art. 91º del Reglamento del Congreso de la República, derogación que ocurrió recién el 26 de marzo de 19989. Sólo dos decretos

---

por los hermanos Alonso de Antonio: "Los decretos-leyes constituyen la otra forma de participación del Gobierno en la potestad legislativa del Estado, atribuida en principio a las Cortes Generales". Alonso de Antonio, Angel Luis y José Antonio Alonso de Antonio, Derecho Constitucional Español, Editorial Universitaria S.A., Madrid, 1996, pág. 104.

9.- Esta situación no sólo es propia de nuestro país, en España existe el mismo problema. Según Javier Salas, hasta el año 1991, "el Congreso de los Diputados se ha revelado muy débil. Ahí está la prueba más evidente de lo que digo: sólo en un caso y, además, sin mayor relevancia, el Congreso (o, mejor la Diputación Permanente del mismo) acordó "derogar" el



legislativos han sido parcialmente modificados por pedido de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Tenemos también que de los 268 decretos de urgencia, 66 han sido dictados para exonerar de concurso de precios o licitación pública, es decir, para ser utilizados sin los procedimientos de licitación que aseguran transparencia y que la Constitución obliga a observar. Aquí tampoco el Congreso ha realizado algún tipo de control.

Nos encontramos en primer lugar con que la facultad legislativa viene no sólo siendo asumido cada vez más por el Gobierno es desmedro del Congreso, sino este último tiene enormes dificultades para controlar y fiscalizar la facultad legisferante del Poder Ejecutivo. Esta situación no es nueva, el antecedente más reciente lo tenemos en los diferentes gobiernos que se sucedieron después de la Constitución de 1979. Si analizamos la expedición de los decretos de urgencia de estos gobiernos apreciaremos la voracidad legislativa del Gobierno se está convirtiendo en una tradición. Tenemos por ejemplo, que desde la puesta en vigencia de la Constitución de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993, se han dictado 2816 decretos de urgencia, distribuidos de la siguiente manera: 667 D.U. durante el gobierno del Arquitecto F. Belaúnde; 1339 durante el gobierno del Dr. Alan García; y 810 durante el gobierno del Ingeniero A. Fujimori (hasta diciembre de 1993). Castillo Meza señala que estos decretos de urgencia en su gran mayoría (1766 que representan el 62.7%) han desnaturalizado a esta institución generalmente modificando leyes sin que el Congreso emitiera un pronunciamiento expreso al respecto<sup>10</sup>. Nos encontramos ante una situación, donde un poder asume en forma ordinaria, permanente, reiterada y sistemática, los poderes y las funciones que la Constitución Política le ha encomendado a otro poder del Estado<sup>11</sup>.

El problema con esta situación es que, la sola producción y autoría legislativa por parte del Ejecutivo no asegura el respeto de la constitucionalidad y de la legalidad de las mismas, así como la observancia de los intereses de la colectividad nacional que

---

Decreto-Ley dictado por el Gobierno. ¡Un solo caso entre más de un centenar largo!”. Ver Javier Salas, Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría”, Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 325.

10.- Castillo Meza, César Augusto: Los Decretos Presidenciales de Urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993, Tesis PUC, Lima, 1996, pág. 546. Ver también una información similar en: Pedro Planas, op. cit., pág. 583; y Velazco Lozada, Ana Rosa: La Constitución Peruana de 1979, Atribuciones legisferantes de los órganos ejecutivo y legislativo, Tesis PUC, Lima, 1988, pág. 389.

11.- Dictamen presentado en minoría por el Congresista Carlos Chipoco Cáceda, ante la Subcomisión Evaluadora de la Constitucionalidad de los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos, equipo de trabajo formado al interior de la Comisión de Constitución el 29 de agosto de 1997, pág. 5.

lo eligió. En efecto, el hecho que nos encontremos ante el propio Ejecutivo, no sólo no asegura por sí sólo el respeto al ordenamiento jurídico, sino que al ejercer al mismo tiempo las funciones Ejecutivas y Legislativas, se multiplican las posibilidades de abuso y excesos, al ponerse en cuestión el principio de equilibrio de poder y separación de poderes, razón por la cual, se hace aún más urgente, la necesidad de un control por parte del Congreso.

La consecuencia no puede ser otra, sea las causas que sean, lo cierto es que sino se presta atención a esta problemática, el Congreso camina a convertirse en el mejor de los casos en un "mero órgano auxiliar del Estado"<sup>12</sup>.

A continuación, analizaremos cuales son las implicancias que surgen cuando el Poder Ejecutivo comienza a expedir normas con rango de ley, ya no en forma excepcional, sino en forma normal y ordinaria.

**1.1.1.- La indiscriminada e irregular expedición de Decretos de Urgencia en mayor número que las leyes ordinarias, violan el carácter excepcional de las atribuciones legislativas del Poder Ejecutivo recogido en la Constitución Política de 1993.**

Las cifras antes mencionadas nos sugieren que estamos ante una violación del principio constitucional de separación de poderes --o más modernamente separación de funciones del poder-- recogido en el artículo 43° de nuestra Constitución:

*"Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes".*

También se vulnera el art. 90° que afirma que "el Poder Legislativo reside en el Congreso". La conclusión es que **estamos en los hechos, ante la expropiación de la facultad de dar leyes al Congreso por parte del Ejecutivo**, abiertamente tolerada y permitida por el primero. **Si el Congreso aceptara esta situación estaría abdicando de su función legislativa**<sup>13</sup>.

El dictado de decretos de urgencia debe ser, como ya lo hemos descrito, excepcional. En esto existe consenso tanto en la doctrina como en la legislación

---

12.- Melo, Jorge. El Control Parlamentario, En : La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco de Eguiguren Praeli, Cultural Cuzco S.A., 1987. pág. 497.

13.- Carlos Chipoco, op. cit., pág. 33.

comparada<sup>14</sup>. Esto quiere decir que los decretos de urgencia junto con los decretos legislativos, normas expedidas por el Poder Ejecutivo, no podrían ser en número, más que las leyes aprobadas por el Congreso, pues entonces tendríamos la irregular situación donde lo excepcional, es superior a lo regular o normal, que es la producción de leyes por parte del Poder Legislativo<sup>15</sup>.

**1.1.2.- El gobierno está expidiendo decretos de urgencia sin observar los requisitos que la Constitución Política y el Reglamento del Congreso exigen para ello.**

La mayoría de los decretos de urgencia expedidos por el Ejecutivo, no se encuentran fundamentados en una real situación extraordinaria, imprevisible y de urgencia exigida por el Reglamento. Asimismo, existen no pocos decretos de urgencia que no abordan la materia económico financiera que exige tanto la Constitución como el Reglamento del Congreso. Finalmente, la regulación de la mayoría de los decretos de urgencia a través del procedimiento legislativo ordinario, con la posible demora que ello implica, no ponen en peligro ni en amenaza la economía y las finanzas públicas de nuestro país tal como lo exige el art. 91° del Reglamento del Congreso de la República. Muy por el contrario son situaciones que tranquilamente pudieron haberse regulado a través de otros canales.

En un buen número de casos, los decretos de urgencia son correctos y necesarios, sin embargo, el trámite que se ha seguido para aprobar la norma es incorrecto. Dichos decretos de urgencia, han debido ser presentados como proyectos de ley, y seguir el trámite correspondiente en la Comisión de Constitución y Reglamento o en cualquier otra que corresponda. Según el dictamen del Congresista Carlos Chipoco, 201 decretos de urgencia, es decir, el 67% del total de expedidos, no cumplen con el requisito de la situación extraordinaria urgente e imprevisible<sup>16</sup>.

---

14.- Revisar por ejemplo, Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 160.

15.- Carlos Chipoco, op. cit., pág. 33.

16.- Dictamen de Carlos Chipoco Cáceda, presentado el 29 de agosto de 1997. En sus conclusiones, en las páginas 113 y siguientes, el mencionado parlamentario recomienda entre otras cosas, considerando que no existe fundamento alguno que justifique o amerite una supuesta urgencia, imprevisibilidad, y menos una situación que comprometa peligro o emergencia para la economía nacional y las finanzas públicas, en consonancia con el art. 118°, inc. 19 de nuestra Constitución Política, y 91°, letra "c" del Reglamento del Congreso; y considerando que no se ha sustentado en forma alguna la pertinencia de los decretos de urgencia, no obstante estar obligado a ello el Ejecutivo. Se concluye en la necesidad de proponer la derogatoria de 112 decretos de urgencia, y que debe presentarse los proyectos de ley correspondientes al Congreso de la República para su aprobación respectiva o ser aprobados por Resolución Suprema, así como realizar los diferentes procedimientos de

Asimismo, de los 260 decretos de urgencia expedidos por el gobierno desde agosto de 1995 hasta enero de 1998, 125 decretos de urgencia, es decir, el 48% del total, no cumplen ni con la materia económica-financiera, ni con el requisito de encontrarnos ante una situación extraordinaria, de necesidad y urgencia. Esto significa que para Chipoco, sólo el 52%, es decir, 135 decretos de urgencia cumplen con los requisitos establecidos.

En esa misma línea, a parte de las irregularidades antes advertidas, observamos que los decretos de urgencia recientemente promulgados por el Ejecutivo, carecen de la menor naturaleza de transitoriedad y temporalidad inherentes a este tipo de normas. Este punto lo desarrollaremos en los capítulos IV y V.

Ante esta situación, es preciso señalar que si bien al igual que en muchas constituciones, se admite la posibilidad que se presenten situaciones excepcionales, ello no significa en ningún aspecto una renuncia al Estado de Derecho o a la legalidad. Todo lo contrario, ante la posible ocurrencia de situaciones excepcionales y extraordinarias, las diversas cartas políticas establecen una serie de limitaciones, con el objeto de conciliar esta extraordinaria y urgente necesidad con las exigencias del Estado de Derecho<sup>17</sup>.

### **1.1.3.- Los Decretos de Urgencia quebrantan el principio del Estado de Derecho**

La expedición de los decretos de urgencia sin observar los requisitos que la Constitución exige, constituye una violación del Estado de Derecho. En efecto, al omitir observar el gobierno, los requisitos para la expedición de los decretos de urgencia en forma sistemática se afecta y se vulnera el Estado de Derecho, porque el Derecho y el ordenamiento jurídico ya no sujeta por igual a gobernantes que a gobernados, dado que los primeros no cumplen la Constitución Política. Una de las piedras angulares del constitucionalismo es el principio de supremacía de la Constitución, principio que nuestra Carta Política ha consagrado en el art. 51°. Dicha norma establece que: " La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

Como señala Miroquesada, un gobierno es constitucional no sólo por su origen, sino también por su ejercicio. Lo primero lo mantiene, pero lo segundo puede deteriorarse, y afectar la legitimidad<sup>18</sup>. En efecto, Una de las razones

---

licitación pública de acuerdo al art. 76° de la constitución Política y de las diferentes Leyes de Presupuesto Público, págs. 117 y ss.

17.- Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1990, pág. 1244.

18.- Francisco Miroquesada Rada, Abuso de autoridad, En: Diario "El Comercio", de fecha 18 de abril de 1997, pág. A2.



fundamentales que justifican el nacimiento del constitucionalismo moderno y del Estado de Derecho, es que los Estados no sólo garanticen las libertades de los ciudadanos, sino que impiden el abuso de autoridad. Esta es quizá, una de las piedras angulares del control parlamentario. La autoridad --en este caso el Poder Ejecutivo titular de diversas facultades legislativas-- es un poder con derecho. "Pero si bien la autoridad [y/o el Estado] goza de pleno derecho para ejercer el poder, es el mismo derecho que le fija los límites a través de la Constitución y las leyes"<sup>19</sup>. El Estado --y sus diversas autoridades que la componen--, no puede hacer lo que les parezca. Cuando rebasa lo establecido por los preceptos normativos, actúa arbitrariamente, no de acuerdo al derecho y a la razón. Ha infringido la norma constitucional, al sobreponer su voluntad, haciendo que su poder de *jure*, es decir, de acuerdo al derecho, se convierta en un poder de *facto*. En consecuencia, su conducta es antidemocrática, pues destruye las reglas de juego establecidas por la democracia, que no son arbitrarias sino simétricas<sup>20</sup>.

Una consecuencia del desconocimiento de la vulneración del Estado del Estado de Derecho, es la violación de la obligación constitucional establecida en el art. 38° de nuestra Constitución, que establece que: "Todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". Nos encontramos ante una situación, donde la sobrevaloración de la eficacia, expresada en la profusión de los decretos de urgencia, coloca virtualmente al Poder Ejecutivo por encima de la Constitución Política. Esta situación de abuso de las facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo no es nueva, sin embargo, entraña graves consecuencias. De por sí, su sólo número hace dudar de la verdadera necesidad y urgencia, máxime cuando en ningún momento se evidenció un estado de parálisis por parte del Parlamento que la doctrina exige para el caso de la expedición de los decretos de urgencia.

Si el Ejecutivo relega su obligación de cumplir la ley, el sistema político queda a merced de una persona -- el Presidente de la República -- que actúa sin frenos legales ni controles constitucionales<sup>21</sup>. Tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del "estado de necesidad política"<sup>22</sup>.

---

19.- *Ibidem*.

20.- *Ibidem*.

21.- Pérez Hualde, Alejandro. Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y control en la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 87.

22.- Hans Kelsen. Teoría General del Estado. Traducción de Luis Legaz Lacambra. Edit. Nacional, México, pág. 206. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 86.

#### **1.1.4.- El Ejecutivo está expidiendo actos administrativos de contenido particular y de mandato ejecutivo mediante normas con rango de ley como son los Decretos de Urgencia**

No todos los actos administrativos del Ejecutivo tienen que ser regulados por medio de Decretos de Urgencia, y más si estos carecen de generalidad y de contenido normativo propios de normas con rango de ley<sup>23</sup>. Casos como adquisiciones o la contratación de servicios, etc., al carecer de la generalidad propia de las normas con rango de ley, han debido ser reguladas por medio de resoluciones supremas, que poseen un mandato más ejecutivo y resolutivo<sup>24</sup>. Este punto, será desarrollado más adelante, sólo queremos mencionarlo.

#### **1.1.5.- Los Decretos de Urgencia violan la Constitución y diferentes leyes expedidas por el Congreso que garantizan la transparencia en el gasto público.**

El Ejecutivo está utilizando la institución de los Decretos de Urgencia con el objeto de eludir los distintos procedimientos de control del gasto público, aprobados por el Congreso de la República como son las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos de Precios y Concursos Públicos de Méritos y Adjudicaciones Directas regulados a través de Constitución, leyes y reglamentos.

Efectivamente, este tipo de medidas contraviene en primer lugar el art. 76° de la Constitución Política que precisa, que "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan **obligatoriamente** por contratación y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".

No desarrollamos más este punto, pues también será desarrollado in extenso posteriormente.

#### **1.1.6.- El Poder Ejecutivo no ha entregado al Congreso los Decretos de Urgencia de carácter SECRETO para su supervisión y control**

---

23.- Esto no es consenso. Una posición distinta es asumida por los hermanos Alonso de Antonio, cuando señala que, "No podemos seguir manteniendo alguno de los caracteres clásicos de la ley como la generalidad", Alonso de Antonio, Angel Luis y José Antonio Alonso de Antonio, *op. cit.*, pág. 93.

24.- Marcial Rubio Correa. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988, pág. 145.



El Congreso, por su jerarquía Constitucional y luego del juramento de reserva que los congresistas realizan, tiene el derecho de conocer cualquier norma secreta emitida por el Estado<sup>25</sup>, ciertamente con las medidas pertinentes a efectos de guardar la discreción necesaria para proteger dichos secretos.

Desde agosto de 1995 hasta marzo de 1998, el gobierno ha expedido once decretos de urgencia secretos, de los cuales sólo cuatro han sido conocidos por la Comisión de Constitución del Congreso en sesión secreta. El resto, hasta la fecha, son totalmente desconocidos por la representación nacional (D.U. N° 028-96, 035-96, 075-96, 091-96, 005-97, 021-97 y 060-97). Esto constituye una violación no sólo de la Constitución, sino del propio Reglamento del Congreso de la República.

Es necesario que la Comisión de Constitución examine los nuevos Decretos de Urgencia emitidos por el Ejecutivo, pues al no haber sido publicados ni comunicados a la Comisión de Constitución, constituyen una violación al Reglamento del Congreso de la República y a la Constitución Política.

#### **1.1.7. La expedición descontrolada de los decretos de urgencia vacía de contenido la noción de ley**

Esta práctica de expedir decretos de urgencia en forma ordinaria, debilita y socava la noción de ley, como expresión de la voluntad general. Los Decretos de Urgencia que tienen fuerza de ley son expedidos en una forma tan apresurada y rápida, que se empobrece y se vacía el contenido la concepción de la ley, afectándose la fuerza vinculante de esta<sup>26</sup>. Es decir, la expedición de decretos de urgencia empobrece la noción de ley, y a la vez, este empobrecimiento de la noción de ley general, crea las condiciones para expedir más decretos de urgencia, cayéndose en un círculo vicioso<sup>27</sup>, interminable.

Una de las consecuencias de esta inflación - devaluación de las leyes y la correlativa aceptación de una definición puramente formal del derecho es que el

---

25.- Carlos Chipoco, op. cit., pág. 39.

26.- Giovanni Sartori, Elementos de Teoría Política, FCE, Madrid, 1996, págs. 194-195.

27.- Un autor español de nombre Ibañez Perfecto explica este problema de la siguiente manera: Como consecuencia de la concentración del poder político como de las presiones corporativas y sectoriales la ley es menos idónea para ampliar su cometido de concretizar la Constitución. Esta crisis se traduce en lo que se conoce como inflación legislativa, es decir, la producción de normas que hacen prácticamente imposible la sistematización. El ordenamiento de esta manera, está muy lejos de la idea y de la concepción de Código (orden), se vive un proceso de decodificación. Esta proliferación de reformas legislativas produce asimismo una superposición de planos entre sí, contrastantes en el orden de los principios dentro de un texto legal". Andrés Ibañez, Perfecto. Justicia y Conflicto. Tecnos, Madrid, 1988, pág.

imperio de la ley se convierte en el imperio de la voluntad de los legisladores<sup>28</sup>. A diferencia de lo que había concebido Rousseau, un sistema en el cual fueran --las leyes fueran-- pocas, relativamente, inmutables y reverenciadas por el orden justo que contenían; en la actualidad apreciamos un sistema en el que las leyes son numerosísimas, muy mutables, son sólo obedecidas, y son únicamente "órdenes", en síntesis nos encontramos ante un despotismo legal<sup>29</sup>.

#### **1.1.8.- La transformación de los decretos de urgencia en decretos de conveniencia**

Un interesante intento de explicación de la realidad actual de los decretos de urgencia es la que realiza Sagües. Para este autor los decretos de urgencia pueden ser objeto de dos lecturas: una lectura *ejecutivista* y una lectura *restrictiva*<sup>30</sup>. Los denominados decretos de la conveniencia estarían ligados a la lectura ejecutivista. Esta estaría caracterizada por ser una interpretación a favor del Poder Ejecutivo. Esta lectura conduciría a la disolución de la diferencia jurídica y política entre ley y decreto, y en la admisión en los hechos de un Poder Ejecutivo - Legislativo. Sagües llama decretos de conveniencia a aquellos que recubren un caso de mera utilidad o conveniencia con el argumento de la doctrina del estado de necesidad, a través de la institución de los decretos de urgencia. En otras palabras, es el que parte de un supuesto de necesidad espúrea, pero que en la realidad cumple la misma función de una ley.

El decreto de conveniencia pero vestido de decretos de necesidad y urgencia como señala Sagües, es precisamente una de las secuelas más próximas que alienta la lectura ejecutivista de los decretos de urgencia. Detrás podemos encontrar la tentación del Poder Ejecutivo de legislar de modo simple y frecuente, sin control judicial sobre la existencia real o ficticia de un auténtico estado de necesidad; el hedonismo parlamentario --una especie de *laissez faire passer* ante la asunción de papeles legislativos por la Presidencia— y la tolerancia de una sociedad que acepta hoy en aras del efectismo, la conveniencia o la utilidad inmediata, la transferencia de poderes legislativo<sup>31</sup>.

Este está relacionado con lo que Giovanni Sartori denomina como el fenómeno del "decretismo". Según este autor, a diferencia de los gobiernos parlamentarios que recurren a los decretos siempre en forma excepcional y siempre que se justifique

---

28.- Sartori: op. cit., pág. 196.

29.- Ibíd.

30 .- Néstor Sagües. Decretos de Necesidad y urgencia: estado actual del problema. Revista Jurídica Argentina "La Ley", Tomo 1992-B, Buenos Aires 1992, pág. 921.

31 .- Ibíd.

debido a su urgencia, además de la observancia de los requisitos constitucionales, existe una práctica que se denomina "decretismo", que consiste en la práctica de aquellos gobiernos que expiden decreto por encima de los líderes del Congreso. En otras palabras nos referimos al uso excesivo, de hecho al abuso, de la legislación por decreto. Según Sartori este es un fenómeno endémico y a menudo epidémico en América Latina<sup>32</sup>.

Las consecuencias no pueden ser otro que la abdicación del Congreso de su función de control. Una conclusión preliminar podemos sacar de este capítulo, que la gran cantidad de decretos de urgencia expedidos de urgencia no sólo justifica sino obliga al Congreso de la República a asumir su función de control de conformidad con la Constitución y el Reglamento del Congreso de la República.

## **1.2. HIPOTESIS: LA CAUSA DE LA INEFICACIA DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA ESTÁ EN LA DEFICIENTE REGULACION LEGAL**

Nuestra hipótesis es que, la ineficacia del control parlamentario sobre los decretos de urgencia se debe a varios factores, entre los que destaca fundamentalmente, la deficiente regulación constitucional y reglamentaria vigente. Esta debería incorporar de manera explícita y clara el control sobre los criterios de oportunidad y conveniencia, y no restringirse exclusivamente a la verificación de la constitucionalidad, tal como se desprende del análisis del art. 91º del Reglamento del Congreso de la República.

Asimismo, debería optarse, por el pronunciamiento expreso de la representación nacional en el control parlamentario de cada decreto de urgencia, recogiendo la figura del control legislativo negativo, con el objeto de obligar y forzarse a la mayoría parlamentaria a un debate público y abierto. Esta discusión pública, permitiría a su vez, que la opinión pública pueda informarse a cabalidad de la conducta y de la actuación tanto de sus representantes como del titular del poder Ejecutivo, para posteriormente sancionarlos o reelegirlos, en ejercicio del control parlamentario.

---

32.- Giovanni Sartori, Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, págs. 179-180.

*"uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder".*  
Roberto. L Blanco Valdes<sup>33</sup>

## CAPITULO II LA FUNCION DE CONTROL

Antes de entrar a analizar el control que el Parlamento realiza de los decretos de urgencia, consideramos indispensable previamente, revisar algunos elementos de la teoría del control, y luego la teoría del control parlamentario, para encontrar la verdadera naturaleza específica de este control, diferenciándolo del control que realizan otros órganos. Uno de los objetivos e hilos conductores de este trabajo es confrontar la teoría del control parlamentario tal como es definida en la doctrina, con la concepción de control subyacente al control parlamentario de los decretos de urgencia, tal como es entendido en nuestro ordenamiento jurídico y por los diferentes operadores jurídicos. Tenemos la impresión, que no se tiene mucha conciencia y claridad del concepto de control parlamentario y menos aún, de qué se entiende por control, cuando se le utiliza en el derecho constitucional y en el debate parlamentario en nuestro país. Sobre una base conceptual no muy consistente, es fácil que se incurran en equívocos y contradicciones.

### 2.1. El control del poder del Estado

El control no sería explicable ni tendría sentido, si no existiese ese objeto al cual controla que es el poder en última instancia. El problema del poder no es ajeno al derecho, todo lo contrario, "uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder"<sup>34</sup>. No en vano desde el derecho constitucional, haciéndose eco de esta preocupación, Carl Schmitt señaló que el sentido y la finalidad, el "telos" de la Constitución liberal "(...) es en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la gloria, según la división de Montesquieu, si no la *liberté*, la protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público"<sup>35</sup>. Por ello, se suele llamar constitucionalismo a la teoría y a la práctica de los límites del poder, el

---

33.- Roberto. L Blanco Valdés. El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal. Alianza Editorial, Madrid 1994, pág. 23.

34.- *Ibidem*.

35.- Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, edición de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 138.



constitucionalismo encuentra su completa expresión en las constituciones que establecen límites no solamente formales sino también materiales al poder político<sup>36</sup>. Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siempre siente la inclinación de abusar de él, **yendo hasta donde encuentra límites**.

Aún cuando no constituye el análisis del poder el tema del presente trabajo, eso no quiere decir que no esté presente, muy por el contrario el poder es en donde la problemática de los decretos de urgencia expedidos por el gobierno encuentra finalmente su explicación, no sólo jurídica, sino política. Como sostiene Norberto Bobbio, "No es la razón, sino la autoridad la que hace la ley"<sup>37</sup>, es decir, no son los científicos del derecho, sino los políticos, los que poseen el poder real los que redactan las leyes y los decretos de urgencia en nuestro país, sea el Parlamento o el Poder Ejecutivo.

En el presente trabajo, nos referimos al poder que es ejercido por el Estado. Tradicionalmente el Estado es definido como el portador de lo que Bobbio denomina poder supremo (*summa potestas*); en ese sentido, y para efectos del presente trabajo, el "análisis del Estado se resuelve casi totalmente en el estudio de las diferentes potestades que le competen al soberano"<sup>38</sup>. El análisis de la función de control estará entonces centrado, en el estudio del control del poder del Estado, que como sabemos esta compuesto en su estructura básica por tres poderes --o detentadores de funciones del poder-- ya conocidos. No está de más decir, que a diferencia de hace algunas décadas, ahora nos encontramos con un Estado cada vez más fortalecido, --especialmente el poder ejecutivo--, como consecuencia del proceso de acumulación y concentración de poder (recursos económicos, políticos, tecnológicos, etc.), en tales magnitudes, que cada vez se hace más difícil y complejo el diseño de mecanismos de control, de fiscalización y de limitación de todo poder político y económico.

No debemos olvidar cuales son los antecedentes y los orígenes históricos de este Estado en países latinoamericanos. Nuestros Estados son herederos de los gobiernos de la colonia donde existía una gran concentración de poder político, que luego con los diferentes procesos de construcción del estado de derecho y de afirmación de la supremacía de la Constitución se trato de controlar. El actual Poder Ejecutivo recibió la herencia, de estados fuertes de corte absolutista. En ese sentido Juan de la Cruz nos señala que: "No se puede olvidar que, en los orígenes de nuestro constitucionalismo, se adoptó un modelo de separación rígida de poderes que condicionó la evaluación ulterior del sistema y que, por otra parte, así como los

---

36.- Norberto Bobbio, Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Breviarios, FCE, México, 1996, pág. 139.

37.- Norberto Bobbio, op. cit., pág. 121.

38.- Ibidem, pág. 102.

Poderes legislativo y judicial se formaron con las competencias que iban arrancando de manos del antiguo monarca absoluto, en cambio, el Poder Ejecutivo es justamente lo que queda en manos de aquel monarca una vez realizadas las antedichas sustracciones, de lo que se deduce el carácter "residuario" del Poder Ejecutivo<sup>39</sup>. A diferencia de países como los Estados Unidos de Norteamérica, el estado constitucional en América Latina y en la misma Europa, se construirá teniendo que hacer frente a todo el muro de resistencias sociales e institucionales, en un proceso lento, socialmente costoso y políticamente contradictorio<sup>40</sup>. Este es el Estado contra el cual nos enfrentamos, este es el Estado que pretendemos controlar.

Loewenstein señala que, siendo la naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitación voluntaria<sup>41</sup>, de liberar a los destinatarios del poder y a sí mismos del trágico abuso del poder. Es por eso que se hizo necesario crear todo una serie de controles para evitar que el poder viole y vulnere la libertad del individuo. El problema es, desde donde, o sobre que base levantar el control poder. Para el profesor Rubio Llorente, el control del poder, --que está orientada a preservar el espíritu de libertad-- se intenta asegurar por una doble vía: "de una parte, sometiendo el poder al Derecho; de la otra, atribuyendo la titularidad del poder, esto es, la soberanía, a los ciudadanos, a los mismos hombres sujetos a su dominación"<sup>42</sup>.

Sin embargo, uno de los intentos más elaborado de controlar el poder los constituye la teoría de la separación de poderes. Esta surgió y fue desarrollada para preservar la libertad y evitar el abuso del poder, enmarcada --la separación de poderes-- en una suerte de rivalidad de centros de mando que propendían a asumir la soberanía y a organizar el Estado conforme a los intereses sociales, políticos y económicos que operaban en la época<sup>43</sup>. Como sostiene Montesquieu, para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.

En resumen, es impensable desde la teoría del derecho constitucional el ejercicio del poder político si este no va acompañado de un efectivo control, control que como veremos puede tener a sujetos distintos y a parámetros distintos.

## 2.1.- Antecedentes del concepto de control del poder

---

39.- Juan de Cruz Ferrer "El Control Parlamentario de la administración en el sistema constitucional americano", en: I Jornadas de Derecho Parlamentario, 21, 22 y 23 de marzo de 1984, volumen II, Consejo de Diputados, Monografías 3, Madrid, 1985, pág. 964 y 965.

40.- Roberto L. Blanco Valdés, op. cit., pág. 98.

41.- Loewenstein, op. cit., pág. 149.

42.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 243.

43.- Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 123.



No es posible entender el control, sin antes hacer referencia a la división de poderes formulada por los primeros teóricos del Estado liberal democrático. Ahí podremos advertir, no necesariamente<sup>44</sup> su nacimiento, pero sí uno de los esfuerzos más serios de conceptualización, y de organización del control del poder, en los estados modernos. En efecto, aún cuando se pueden encontrar antecedentes más históricos que teóricos de esfuerzos por controlar al poder político en el medioevo, el nacimiento del control lo podemos encontrar en forma más sistemática y estructurada, como una función del poder unitario del Estado con la Teoría de la División de Poderes expuesta por John Locke y desarrollada posteriormente por Montesquieu.

### 2.2.1. El control y la separación de poderes

Como sostiene el profesor Melo, no podemos entender en su auténtica dimensión el control político sin antes dirigirnos a su raíz doctrinal, que no es otra cosa que la Teoría de la Separación de Poderes<sup>45</sup>. Igual parecer comparte Gil-Robles, quien considera que el control de la acción política y administrativa del Ejecutivo lo tienen los Parlamentarios...como consecuencia necesaria de la división de poderes, que constituye una de las características del sistema democrático<sup>46</sup>.

Esta teoría propone no otra cosa que separar, dividir el Poder Estatal -- concentrado luego de un largo proceso que culmina con las Monarquías Absolutas luego de la atomización que había experimentado el poder en el medioevo-- en tres poderes conocidos en la actualidad y recogidos en las Constituciones modernas como son, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. La finalidad de esta separación de poderes es constituirse en una garantía contra la arbitrariedad. En esa línea, será Montesquieu quien insistirá en la conocida tesis de la necesidad de que el Poder contenga al Poder como pieza maestra del esquema que propone la división de poderes<sup>47</sup>. En ese sentido,

---

44.- Según Néstor Sagües, el "control" político como problema, "(...)preocupó desde el siglo XVI. En Bolingbroke, por ejemplo, conceptos como "frenos recíprocos", "controles recíprocos", "retenciones y reservas recíprocas" (to check, to control, to counterwork, to arrest, to restrain) entre los principales sujetos de Poder, comenzando por el rey, son frecuentemente empleados. Néstor Pedro Sagües, Formas de gobierno (...), op. cit., pág. 66.

45.- Jorge Melo, Control Parlamentario, En: La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco de Eguiguren Praeli (Director), Cultural Cuzco S.A., 1987, pág. 501.

46.- Gil-Robles, op. cit., pág. 192.

47.- Encontramos también este principio en el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Revolución Francesa allá por el año de 1789. Según este precepto, "Toda sociedad en la que no este asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

"no puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados o si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo"<sup>48</sup>. Como señala el argentino Marienhoff, la llamada división de poderes es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano, en un sólo órgano<sup>49</sup>.

Según Loewenstein, lo que en realidad significa la así llamada teoría de la "separación de poderes" no es más que "el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos<sup>50</sup>. En otras palabras, la separación de poderes no es si no la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y **controlar** respectivamente el ejercicio del poder político"<sup>51</sup>. La importancia de la separación de poderes fue advertida y estuvo presente entre los fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica. Para ellos, la ausencia de este principio fue entendida como la tiranía. Según Hamilton, "La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarios, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía"<sup>52</sup>. Nos encontramos pues, que "no sólo el concepto de la separación de poderes designó un principio de organización política, sino que es sustrato de la organización del Estado Liberal, por el cual la posibilidad de garantizar la libertad es que "el poder detenga al poder", mediante pesos, controles, frenos, obstáculos, etc."<sup>53</sup>.

La finalidad del control en favor de qué se establecía el control del poder para los primeros pensadores de los inicios del estado moderno es la libertad. Para ellos, existe una estrecha relación entre libertad y separación de poderes. El Control no es otra cosa que una consecuencia una derivación de la separación de poderes, que tiene como razón última la libertad individual.

*"La unión del principio de la separación de poderes con la idea de garantizar la libertad individual, es obra genuina de Montesquieu, el cual la había tomado a su vez de Locke: sólo cuando los diversos*

---

48.- James Madison, El federalista, 1788, citado por Roberto Blanco Valdés, op. cit., pág. 57.

49.- Luis Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 42-43.

50.- Loewenstein, op. cit., pág. 55.

51.- Ibíd.

52.- Hamilton Madison Jay. El Federalista o la Nueva Constitución. Fondo de Cultura Económica, México, 1943. XLVII, pág. 204-205.

53.- Ibíd.

*detentadores del poder son independientes entre sí y se controlan respectivamente, dándose de esta manera el jaque, los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso del poder por parte de algunos detentadores"54.*

Ciertamente, el control no se agota o se consume solamente en la simple separación de poderes. La idea de fondo se manifiesta en diversas instituciones y formas a lo largo del Estado moderno, cuando se opta por desconcentrar el poder y controlarlo. Sin embargo, más allá de la formulación, lo que parecer válido y un aporte vigente es la idea de no concentrar el poder, quizás ya no sean tres poderes, serán dos, el gobierno central y los gobiernos locales, el Senado y los Diputados, el Ministro titular y los ministros a la sombra, de cualquier manera, la idea en todo caso es evitar que el poder no tenga control, que este sea ejercido en forma ilimitada. La sola distribución, desconcentración, fragmentación, más allá de la denominación implica ya una forma de control, necesaria aunque insuficiente.

### 2.2.2. Equilibrio de poderes, autonomía y control del poder

La simple separación de poderes no es suficiente. Es preciso que, además, dichos poderes se controlen mutuamente. Es necesario sobre la separación de poderes, la existencia de un recíproco control.

*"He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligadas a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo"55.*

El concepto de separación de poderes, si bien es importante, resulta insuficiente para entender la noción de control en el sistema político de los Estados modernos constituye un primer paso. Así, se desarrolló la idea de equilibrio de poderes y de controles mutuos sobre la base de la separación de poderes. Como decía Loewenstein<sup>56</sup>, la distribución del poder político y el control del poder político no son dos categorías iguales, sino que se diferencian. **La distribución del poder significa en**

---

54.- Loewenstein, op. cit., pág. 55.

55.- Montesquieu, Del espíritu de las leyes, Libro XI, Cap. VI, citado por Roberto Blanco Valdes, op. cit., pág. 73.

56.- Ibidem, pág. 68.

**sí un recíproco control del poder.** Existe así, una estrecha relación entre equilibrio del sistema político y de los diferentes poderes, y control de poder que es advertida por diferentes autores que aquí queremos no dejar de mencionar. Según Carl Schmitt, "el control es presupuesto del equilibrio y de la funcionalidad de su sistema"<sup>57</sup>.

La separación orgánico funcional que preconiza Montesquieu, no opera sino en su construcción como una condición previa para el equilibrio de poderes que habrá de conseguirse a través de su recíproco control, mediante la disposición de toda una serie de mecanismos de coordinación, o, lo que es lo mismo, de frenos y contrapesos entre ellos<sup>58</sup>. Es decir, separar el poder según funciones y que mediante dicha vinculación recíproca, se aplique un sistema de correctivos y vetos. Para ello es indispensable que los titulares de los tres poderes estén no solamente investidos de competencias distintas --concepción que luego relativizaremos--, sino también convertidos, por su constitución orgánica, en independientes e iguales los unos respecto de los otros"<sup>59</sup>.

Por otro lado, separación no quiere decir total autonomía de los poderes. Separación no quiere decir que los tres poderes vayan a estar recíprocamente independientes, sino que deba excluirse que quien posea todos los poderes de un sector determinado posea también todos los poderes de otro de manera que pueda subvertir el principio en el que se basa una constitución democrática, y, por tanto, sea necesaria una cierta independencia entre los tres poderes a fin de que a cada uno le sea garantizado el control constitucional de los demás<sup>60</sup>. Como señala Prats "Los diversos poderes del Estado no sólo son independientes, son también funcionalmente interdependientes (si el Judicial no funciona, el Ejecutivo podrá actuar arbitraria e impunemente, las Leyes no serán respetadas, la función legislativa se desincentivará y degradará inevitablemente)"<sup>61</sup>.

---

57.- Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, reimpresión, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 213-214. En: Néstor Pedro Sagües, *op. cit.*, pág. 66. Al parece esta idea tendría su origen mucho antes. En un principio el control estaba concretado en la idea de poder moderador, idea desarrollada por Benjamin Constant y que consiste en un cuarto poder, encargado de asegurar el equilibrio de los otros poderes evitando el exceso de cualquiera de ellos y estaba depositado en la persona del monarca. Clarkson Pulido, Amy Carolina: El control constitucional de los actos legislativos, Tesis, Pontificia Universidad Javieriana, Bogotá D.E. 1984, pág. 37.

58.- Roberto Blanco Valdés, *op. cit.*, pág. 70.

59.- Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 503. "No puede haber libertad donde los poderes legislativo y ejecutivo se hallan unidos en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, o si el poder de juzgar no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo". Ver: James Madison, *El Federalista*, 1788; citado por Roberto Blanco Valdés, *op. cit.*, pág. 57.

60.- Bobbio, *op. cit.*, 1996, pág. 138.

61.- Prats i Catalá, Joan. Por unos Parlamentos al servicio de la democracia la eficiencia económica y la equidad social, En: "Reforma y Democracia", Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1996, N° 6, pág. 87.



Como decíamos, no basta la simple separación de poderes, si estos poderes actúan cada uno por su cuenta, en forma aislada uno de otro. Podemos haberlo dividido los poderes en tres o más partes, y estos pueden renunciar a controlarse mutuamente. No basta la simple separación si luego estos poderes no se controlan. En este sentido, "sólo cuando los diversos detentadores del poder son independientes entre sí y se *controlan respectivamente*, los destinatarios del poder estarán protegidos del abuso por parte de alguno de sus detentadores"<sup>62</sup> y existirá aquel equilibrio necesario para el funcionamiento del Estado. Esto es, que el poder necesita de la presencia de otro poder, sino a la larga el sistema no funciona.

Apreciamos entonces, como el concepto de separación de poderes es insuficiente para entender y explicar la idea del control. En su lugar se nos plantea el concepto de equilibrio de poderes, en cuyo marco se puede ubicar y entender mejor la idea de control. La teoría del equilibrio consiste así en la división interconectada de poderes, que se controlan mutuamente. Dicha teoría implica que la fiscalización y el control son partes de la teoría de la división de poderes y no-excepción a la misma. Lo importante es que el control descansa precisamente en ser el instrumento indispensable para que el equilibrio (y con él la libertad) pueda ser realidad<sup>63</sup>.

A contracorriente de lo que sostienen autores como Schmitt, en el sentido que fueron las experiencias del señorío del parlamento en la primera revolución inglesa las que condujeron a los intentos teóricos y prácticos de distinguir y separar los diversos campos de la actuación del poder del Estado (teoría de separación de poderes), para autores como Manuel Aragón, lo que cualificará al constitucionalismo británico no es sólo la limitación del poder, sino el modo de esa limitación del poder<sup>64</sup>. Estos modos de control se pueden resumir para Aragón en dos: la concepción de la ley como regla general, que obliga a todos y que no puede ser vulnerada en los actos de su aplicación, y la concepción plural del poder, que es el aspecto que nos interesa en este parte resaltar.

Señala Manuel Aragón, que la concepción plural del poder en la "forma mixta" no significa la división de poderes, sino "participación" en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no-separación de competencias: cada órgano realiza varias funciones y cada función es realizada por varios órganos. En verdad **más que una concepción de un poder plural, lo que existe es una concepción plural del ejercicio del poder**. Lo importante es que la participación y la confusión generan,

---

62.- Montesquieu. Citado por Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 503.

63.- Manuel Aragón. Constitución y control del poder, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1985, pág. 21.

64.- *Ibidem*, pág. 16.



irreversiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, pero de ineludible observancia<sup>65</sup>.

La "forma mixta", sin embargo, como institución de raíces medievales, se transformará poco a poco, en el siglo XVIII, con el cambio de la sociedad estamental a la sociedad burguesa, a la nación de ciudadanos, en otro modelo: el de la "constitución bien equilibrada", el de "balance of power"<sup>66</sup>. El modelo de los "*Ps and balances*" es sobre todo empírico y funcional, no causal, como el mismo Bolingbroke dejaría muy claro: el equilibrio tiene como finalidad la libertad. O como De Lolme más expresivamente señalaba cuando decía que las diferentes partes de la Constitución inglesa, "equilibrándose recíprocamente y por sus recíprocas acciones y reacciones producen la libertad"<sup>67</sup>. El equilibrio es suma, no es consecuencia de las relaciones humanas "naturalmente libres", sino, por el contrario, requisito para que en esas relaciones humanas exista libertad<sup>68</sup>.

A fines del siglo XVIII, se produce lo que Manuel Aragón denomina "la desaparición o mitigación del control en la democracia "rousseauiana", con algunas de sus consecuencias como son la separación de poderes de la Constitución francesa de 1791 y el régimen de asamblea. En efecto, la desconfianza hacia los jueces, la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de aplicación mecánica de la ley, y la concepción cuasi sacral de la ley misma, como producto de la razón y no del concierto de intereses, y como expresión de la voluntad soberana y no de un poder del Estado, traían como consecuencia una fuerte mitigación de los controles. Mitigación acentuada por la misma idea rousseauiana de la democracia, que negaba el pluralismo de poderes, el equilibrio entre ellos producto de frenos y controles, y como aceptaba, en puridad, **la autolimitación**, es decir, el dogma de la voluntad mayoritaria. En resumidas cuentas, se pregona la limitación, pero no se instrumentaba eficientemente sus garantías, situación que se perpetuaría por mucho tiempo en el Derecho público europeo continental. La causa estaría en que las ideas constitucionales del liberalismo francés en la segunda mitad del siglo XVIII, estarán influidas por las teorías de Locke y Montesquieu en mayor medida que por las ideas del denominado "gobierno bien equilibrado"<sup>69</sup>. Y ello quizá debido, a parte de la consideración de la Constitución británica como algo tan peculiar que difícilmente era importable a la concepción rousseauiana de la democracia y de la ley. En primer lugar, en cuanto al concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos como una

---

65.- *Ibidem*, pág. 18.

66.- *Ibidem*, pág. 19. Se dice que, Bolingbroke será el gran divulgador de la teoría del equilibrio de poderes, de los "frenos recíprocos", "controles recíprocos", "retenciones o reservas recíprocas".

67.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 21.

68.- *Ibidem*.

69.- *Ibidem*, pág. 24.

ordenación del Estado que debe necesariamente basarse en la división de poderes y en la garantía de los derechos fundamentales; y en segundo lugar, en cuanto al concepto de ley, entendida como expresión de la voluntad general<sup>70</sup>.

El resultado al que conducirá, de inmediato la ausencia del equilibrio como elemento básico de la Constitución democrática será o bien al establecimiento de una división de poderes sin apenas controles (Constitución de 1791 y del año III), o a una negociación de la división misma del poder, es decir, a un régimen de asamblea (la dictadura jacobina implantada en agosto de 1792) o a un peculiar modelo (que nunca entró en vigor) mezcla de régimen dice asamblea y democracia directa. En el primer caso, la separación rígida de los poderes y de las competencias impedía verdaderamente la existencia de controles interorgánicos. En el segundo caso (en sus dos variantes) no habiendo tampoco eficaces controles interorgánicos, ni siquiera existiría la limitación como diferenciación de funciones. El poder de las asambleas era absoluto en la etapa jacobina y sólo estaba matizado por mecanismos plebiscitarios poco capaces para servir de freno en el frustrado modelo de 1793.

Según Manuel Aragón, el concepto de poder sometido a control será, desde los primeros momentos, la idea motriz del constitucionalismo norteamericano. La independencia de las trece colonias no instalaría un sistema de rígida separación de poderes, sino de "gobierno bien equilibrado", importando la teoría inglesa de *checks and balances* y adaptándola a las nuevas exigencias que se derivan de la distribución territorial del poder y de la jefatura del Estado no monárquica.

En *El Federalista*, uno de los autores de nombre Publius señalaba que la división de poderes no es más que la garantía de la libertad, la división es al mismo tiempo, interdependencia de poderes, de tal modo que se garantice que unos pueden controlar a los otros. La base sustentadora del Estado es el "equilibrio constitucional del sistema de gobierno". Además del control del pueblo sobre el gobierno es preciso asegurar los controles de los distintos poderes entre sí, han de organizarse y dividirse las autoridades de tal manera que cada una pueda constituir un control sobre la obra de la otra. Esto implica que, el régimen republicano no sirve sólo para salvaguardar a la sociedad de la eventual tiranía de su gobierno, sino también para garantizar a una parte de la misma contra los eventuales abusos de la otra parte<sup>71</sup>.

La institucionalización de una diversidad de controles, la concepción pluralista del poder y de la propia democracia y el enlace de ésta con la existencia de una fuerte opinión pública vendrá a negar, justamente, la veracidad de la conocida frase de Rousseau de que "los ingleses se creen que son libres y se equivocan, porque sólo lo son

---

70.- *Ibidem*.

71.- *Ibidem*, pág. 29.

en el momento de votar". La frase valdría, en verdad para la propia democracia rousseaniana (una democracia sin controles), pero no para la democracia anglosajona (una democracia con controles). Como agrega Manuel Aragón, para el constitucionalismo norteamericano hasta hoy, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución<sup>72</sup>.

En Europa, la realidad era distinta. De la debilidad de los instrumentos de control del siglo XIX, le sucede un proceso --que según Aragón es-- de recuperación de la idea de la Constitución bien equilibrada del siglo XX. En efecto, el constitucionalismo europeo del siglo XIX no establecerá un sistema efectivo de control del poder. Jellinek confesará, con claridad, que si bien es verdad que por obra de la teoría constitucional han penetrado en la organización del Estado algunos de esos obstáculos y contrapesos, ello ha sido de modo parcial, ya que "esta doctrina del equilibrio no ha advenido aún al derecho en los Estados europeos actuales". Según Aragón, los dos ejemplos de tal situación son Francia y Alemania, cuyos sistemas se articulan de modo diferente, son productos de construcciones doctrinales distintas, pero llegan a resultados sustancialmente próximos: un amplio margen de inmunidad en la actuación del Estado<sup>73</sup>.

El problema con los sistemas de ambos países es que la idea de división y equilibrio de poderes desaparece en estas construcciones y, por lo mismo, el control no será elemento ni de la Constitución ni de su teoría. Ni el Estado, ni su máxima expresión, la ley, tendrán límites externos que los frenen, pues la única limitación coherente con el sistema es la que resulta del sometimiento de la Administración a la ley (sometimiento no enteramente completo, por otro lado, en virtud de la doctrina de la distinción entre ley en sentido material y la ley en sentido formal). El corolario de todo ello no será sólo el entendimiento de la Constitución como mera (y cualquiera) ordenación fundamental del Estado, sino, sobre todo, la negación de la fuerza normativa de la propia Constitución. Una teoría así no podía conducir desde luego, a otro resultado.

La revisión de este estado de cosas se irá produciendo poco a poco en Europa como consecuencia de múltiples factores: la modificación (que no es sólo, como tantas veces se dice, culminación) de la dogmática jurídica positivista por el mismo Kelsen; y Smed<sup>74</sup>. Como fondo de todo ello, de la misma manera que también fue el fondo de las teorías anteriores, estaría las transformaciones sociales y políticas experimentadas en la Europa de aquel tiempo, sin las cuales difícilmente podrían "comprenderse" estas modificaciones doctrinales.

---

72-. *Ibidem*, pág. 30.

73.- *Ibidem*, pág. 31.

74.- *Ibidem*.

Posteriormente, en la Constitución del Estado de Derecho democrático y social, el control se convierte en un elemento clave al decir de Manuel Aragón<sup>75</sup>. Como señala este autor, aunque el cambio doctrinal se detecta ya perfectamente en el primer tercio de este siglo e incluso, la misma práctica inicia en esa época un reforzamiento de los controles, especialmente de los tribunales constitucionales austríaco y checo en 1920, y español (con la garantía aún más extensa que supone el recurso de amparo). Será a partir de 1945, después de la trágica experiencia del fascismo y sobre todo del nacional socialismo, cuando se producirá en Europa la recuperación plena de la vieja idea sustentadora de la Constitución bien equilibrada, es decir, la Constitución como una norma que supone, el establecimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas, efectivas del poder<sup>76</sup>.

La vigencia de la Constitución entonces dependerá de su capacidad de "realización", es decir, de su efectividad normativa, que, como ha señalado Hesse, requiere necesariamente "que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados"<sup>77</sup>. No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí, que estos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad<sup>78</sup>.

La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares, o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la Ley, con la desaparición de ámbito exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del defensor del pueblo), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación

---

75.- *Ibidem*, pág. 39

76.- *Ibidem*.

77.- *Ibidem*. pág. 41.

78.- *Ibidem*.



(para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos, de control<sup>79</sup>.

### 2.2.3. El control como elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución

Al final de esta apretada síntesis del trabajo de Aragón, este plantea que el control constituye el elemento de conexión entre el sentido "instrumental" y el sentido "finalista" de la Constitución.

Esta tesis se propone en el marco de la polémica entre quienes postulan una concepción de la Constitución "abierta" y una concepción de la Constitución como "sistema material de valores", polémica íntimamente ligada a la que contrapone "democracia procedimental" a "democracia sustantiva". La idea común de ambos corrientes será su concepción democrática de la Constitución. Sin embargo, para unos la democracia consiste en el reconocimiento y garantía del pluralismo democrático y, en consecuencia, la Constitución debe ser concebida como una norma abierta capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas. Para los otros, la democracia no puede identificarse sólo con el pluralismo, sino que descansa en una serie de valores (libertad, igualdad, participación, dignidad de la persona, etc.) sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable y, por ello, la Constitución ha de ser una norma que exprese y garantice ese "sistema material de valores"<sup>80</sup>. No es nuestra idea reproducir y menos agotar este interesante debate, sólo queremos explicar las premisas sobre las cuales Aragón planteará su concepción del control noción que es la que nos interesa.

Frente a aquellos que sostienen la tesis de la "la Constitución abierta" cabe alegar con algún fundamento, la dificultad en distinguir entre dos clases de valores, "materiales" y "procedimentales o adjetivos", dado que los valores o se conciben materialmente o es muy dudoso que posean su condición de "valor". Frente a las tesis de la Constitución como "sistema material de valores" cabe aducir que tal sistema, siendo como no podía ser de otra forma, "material" tendría que reducirse (si se quiere ser coherente con los postulados de la tesis, que son bastantes sólidos) a no integrar más que dos valores, la libertad y la igualdad en cuya pretensión de realización consiste, justamente, el fin de la Constitución, pues lo demás son, en verdad, "principios" pero no valores ni, por lo mismo, fines últimos. Los principios si pueden calificarse de materiales o estructurales<sup>81</sup>. La condición de unos principios o reglas estructurales es precisamente la de ser garantía de los otros principios o reglas

---

79.- *Ibidem*, pág. 42.

80.- *Ibidem*. .

81.- *Ibidem*.

materiales. De ahí que el control (entendido en sentido general, que es de lo que hasta ahora venimos tratando, y no circunscrito sólo al control de constitucionalidad), al dotar, con su existencia, de eficacia a las garantías, constituye el elemento indispensable para asegurar la vigencia de los principios y las reglas materiales de la Constitución, es decir, para la "realización" de los valores propugnados como fines<sup>82</sup>. Para la teoría de la Constitución, el control no debe considerarse como una categoría puramente instrumental. Sencillamente porque ello significaría incurrir en el viejo sofisma schmittiano que consiste en separar los medios de los fines para reificar los medios o instrumentalizar los fines de acuerdo con las conveniencias del poder o de los juristas a su servicio. O dicho con otras palabras, porque ello sería partir de un concepto de Constitución que contiene, en si mismo, el principio de su propia destrucción<sup>83</sup>.

En palabras de Manuel Aragón, para una teoría constitucional adecuada a la única Constitución "normativa" posible, que es la Constitución democrática, el control es elemento que, al poner en conexión precisamente el doble carácter instrumental y legitimador de la Constitución, impide que ambos puedan disociarse. El control pasa a ser así un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de la Constitución. Así cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su "realización"; ocurre, simplemente, que no hay Constitución<sup>84</sup>.

#### 2.2.4.- El principio del "poder limitado" como fundamento de la función de control

Detrás de la teoría de la separación de poderes, se esconde el concepto y el principio del poder limitado, criterio de particular importancia. Este principio

---

82.- *Ibidem*.

83.- *Ibidem*.

84.- *Ibidem*, pág. 65. Aragón finalmente hace mención de la necesidad de una teoría del control "constitucionalmente adecuada". Manuel Aragón plantea que una teoría del control debe ser "constitucionalmente adecuada", no porque sea entendida como teoría de una Constitución concreta sino porque debe plantearse como teoría de tipo concreto de Constitución. Hacer teoría general en el Derecho Constitucional sigue teniendo sentido únicamente si se la concibe como teoría general de una forma política específica o, en términos jurídicos, de una específica forma de Estado, porque justamente es dentro de esa especificidad donde cabe el uso "comprensivo" de los términos comunes, es decir, el empleo válido de categorías generales. *Ibidem*, pág. 13. Sólo la Constitución "normativa" la Constitución Democrática y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política o el estado de Derecho como Estado Constitucional. De ahí que sólo en el Estado Constitucional así concebido la teoría del control se presente como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados. *Ibidem*, pág. 14.

constituye y ha constituido una preocupación central cuando se habla acerca del poder. No entraremos a desarrollar los fundamentos y la legitimidad del poder, si bastará con decir, que el principio de separación de poderes constituye si se quiere la expresión quizás más lograda, un instrumento más moderno para lograr la limitación del poder. Para Norberto Bobbio, luego de las normas y de las leyes<sup>85</sup>, el principio de separación de poderes constituye una segunda fase en el proceso de **limitación** jurídica de poder político<sup>86</sup>.

Existe una estrecha relación entre el principio del poder limitado o la limitación del poder y el control del poder. En palabras de Manuel Aragón, "bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etc.) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etc.) que tal control puede revestir, late una idea común: **hacer efectivo el principio de la limitación del poder**"<sup>87</sup>. Son cosas distintas, pero sumamente vinculadas.

Según este principio, el control del poder político supone el ejercicio de un poder no omnímodo ni arbitrario sino que tiene límites, de lo contrario no tendría sentido ni cabida el control, pues podría hacer lo que quisiera, sin reparar en que podría estar cruzando los límites que se le ha impuesto a través de un ordenamiento jurídico. Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de **límites impuestos** a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, --como sostiene Loewenstein--, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos<sup>88</sup>. Estos límites impuestos al detentador del poder se encuentran contenidas en normas no necesariamente escritas o jurídicas.

---

85.- Recuérdese aquí toda la teoría del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres desarrollada en detalle por Norberto Bobbio en El Futuro de la democracia, Plaza & Janes Editores S.A., España, 1985, págs. 195 y ss. "¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?. Posteriormente, este principio de limitación del poder político será muy desarrollado por la dogmática de la teoría de los derechos humanos. Según esta perspectiva, del atributo de inherencia de los derechos humanos y fundamentales de la persona humana, se deriva como natural consecuencia una limitación infranqueable para quien ejerce el poder político, sea en el gobierno o en grupos opositores de cualquier laya. Nadie puede invadir la esfera de los derechos humanos de un individuo con el afán de cercenarlos. Existe un principio de intangibilidad de estos derechos.

86.- Bobbio, op. cit., 1986, pág. 136.

87.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 71.

88.- Loewenstein, op. cit., pág. 149.

*"El concepto de límite es, por tanto, esencial en una construcción teórica que quiera asegurar la tutela de la libertad mediante el mantenimiento de la legalidad"*<sup>89</sup>.

Como decíamos, esta idea no es reciente, es mucha más antigua que la ilustración y el surgimiento del Estado moderno. Según Norberto Bobbio, todo el pensamiento político del Medioevo está dominado por la idea de que el buen gobernante es aquel que gobierna observando las leyes de las que no puede disponer libremente por que lo trascienden, como son las promulgadas por Dios, o inscritas en el orden natural de las cosas, o establecidas como fundamento de la Constitución del Estado (precisamente leyes fundamentales)<sup>90</sup>. Según este mismo autor, no se podía enunciar con mayor fuerza la idea de la primacía de la ley: no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace el rey. En la concepción dinámica de los ordenamientos jurídicos de los modernos, se puede traducir esta máxima en la afirmación de que el soberano hace la ley sólo si ejerce el poder sobre la base de una norma del ordenamiento y, en consecuencia, es soberano legítimo; y ejerce el poder de hacer las leyes dentro de los límites formales y materiales establecidos por las normas constitucionales y, por tanto, no es tirano<sup>91</sup>.

La vigencia de estas afirmaciones es indudable. El poder más allá de quien sea su detentador de turno es un poder sometido a límites, límites que se expresan hoy en el derecho, al igual que todos los ciudadanos. No obstante, que el Estado goza de pleno derecho para ejercer el poder, "es el mismo derecho que le fija los límites a través de la Constitución y las leyes"<sup>92</sup>. El Estado --y sus diversas autoridades que la componen--, no puede hacer lo que les parezca. Cuando rebasa lo establecido por los preceptos normativos, actúa arbitrariamente, no de acuerdo al derecho y a la razón. En esa lógica, cuando se infringe la norma, y se sobrepone la voluntad de esta, el poder de *jure*, es decir, de acuerdo al derecho, se convierte en un poder de *facto*<sup>93</sup>.

---

89.- Roberto L. Blanco Valdes, *op. cit.*, pág. 67.

90.- Norberto Bobbio, El Futuro de la democracia, Plaza & Janes Editores S.A., España, 1985, pág. 202.

91.- Norberto Bobbio, *op. cit.*, pág. 202-203.

92.- Francisco Miroquesada Rada, Abuso de autoridad, En: Diario "El Comercio", de fecha 18 de abril de 1997, pág. A2.

93.- *Ibíd.* Según Carlos Sachica "No hay, pues, poderes ilimitados. De donde se desprende que todo poder, por derivar de la Constitución y de la ley, por no ser un poder propio sino recibido, implica para su ejercicio válido el respeto a las normas que lo atribuyen y regulan y, por consiguiente, es controlable, por lo cual sus actos, sus decisiones, son justificables y susceptibles de invalidación". Luis Carlos Sachica, El control de la constitucionalidad y sus mecanismos, 3 edición, Editorial Temis, Bogotá 1988, pág. 39.



El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado Constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a este forma política, sino también la existencia **de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan**. Limitación y control entonces se presentan pues, como dos términos fuertemente implicados, **en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente la vigencia del primero**<sup>94</sup>. Poder limitado será en consecuencia poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable.

En resumen, el control constituye el **vehículo a través del cual se hace efectivas las limitaciones del poder**<sup>95</sup>. No son suficiente los límites si es que carecen de los mecanismos de control.

#### 2.2.5. La Constitución Política como el primer instrumento de control del poder

Llegado el momento apreciaremos como la Constitución Política del Perú constituirá el parámetro del control parlamentario y del control jurisdiccional de los decretos de urgencia. Por ahora no queremos dejar de hacer referencia a este punto en este segundo capítulo.

La Constitución Política es quizá uno de los principales y más logrados esfuerzos por controlar y limitar jurídicamente el ejercicio del poder político. Primero, por que como toda norma, es un intento de someter el poder a normas preestablecidas, y segundo lugar, como Constitución Política, constituye la ley más importante de todos el conjunto de normas del ordenamiento jurídico. Como señala Manuel Aragón, hablar de Constitución tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder<sup>96</sup>. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se "realice", como señala este autor, la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico<sup>97</sup>. La importancia entonces de la Constitución radica en que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa<sup>98</sup>.

Una constitución es un texto jurídico que organiza la estructura y funcionamiento del Estado, prescribiendo reglas de encuadramiento del proceso del poder político<sup>99</sup>, es decir, como se obtiene, se ejerce, se distribuye y se controla el

---

94.- *Ibíd*em, pág. 81.

95.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 69.

96.- *Ibíd*em, pág. 12.

97.- *Ibíd*em.

98.- *Ibíd*em, pág. 12.

99.- Hauriou, *op. cit.*, pág. 26.

poder. La Constitución no contiene otra cosa que las normas fundamentales que institucionalizan el ejercicio del poder político. Con el transcurso del tiempo se fue reconociendo que la mejor manera de impedir la arbitrariedad era haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas --"La Constitución"-- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder<sup>100</sup>. En palabras de Loewenstein, la Constitución es el "acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder", agrega que "esta se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores"<sup>101</sup>.

No en vano se ha dicho pues, que la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad existente<sup>102</sup>. Allí donde el poder está distribuido --teoría de la separación de poderes por ejemplo--, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. Como sostiene Loewenstein, en un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político<sup>103</sup>.

En primer lugar, desde el momento en que la Constitución diseña la estructura del Estado y reparte las distintas competencias y facultades acaba con la arbitrariedad pues establece facultades pero a la vez límites, que a su vez entrañan ya un primer control. En segundo lugar, la Constitución constituye el punto de partida o si se quiere el marco a partir del cual se pueden desarrollar otros controles más específicos, al interior de la estructura del estado. En sí mismo, la constitución entre otras cosas es el lugar donde se establecen los distintos órganos con sus respectivas competencias y facultades que en conjunto constituyen y vertebran el Estado.

#### **2.2.6. El control como función estatal**

El poder es unitario e indivisible, y sin dejar de serlo tiene diversas funciones. En un inicio, solamente se hablaba de las tres clásicas funciones estatales, la legislativa, la ejecutiva y la judicial (incluso de la función federativa), no obstante posteriormente, fueron apareciendo otras funciones. Como señala el argentino

---

100.- Loewenstein, op. cit., pág. 149.

101.- *Ibíd*em, pág. 28.

102.- *Ibíd*em, pág. 150.

103.- *Ibíd*em.

Marienhoff, el poder del Estado es único; las funciones son múltiples. Las "atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones". En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones"<sup>104</sup>.

En efecto, utilizamos el concepto de separación de poderes por comodidad puesto que como sabemos, este es una categoría ya superada en la doctrina<sup>105</sup>. En ese sentido nos suscribimos a lo señalado por Loewenstein, cuando señala que antes que hablar de separación de funciones es más exacto hablar de separación de funciones de un poder unitario, puesto que "lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de "poderes", debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa<sup>106</sup>.

Plantea Karl Loewenstein, la necesidad de dejar de lado la clásica separación de poderes y en su lugar establecer una nueva estructura de poder más acorde con la sociedad, siendo esta nueva división tripartita conformada por la decisión política fundamental, la ejecución de la decisión y el control político<sup>107</sup>. De ahí que el funcionamiento actual del Estado Constitucional se fundamente, sobre la base de una

---

104.- Luis Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 42-43.

105.- Antes de proseguir y entrar a desarrollar el control como una de las funciones del poder, conviene llamar la atención sobre un punto, cual es la superación de la teoría de separación de poderes por la teoría de la separación de funciones. La razón es más o menos conocida en la doctrina constitucional: en sentido literal no existe ni podrá existir la división del poder, poder que es unitario en esencia. En la actualidad, existe consenso en señalar que el Poder es uno sólo, señalándose la organización unitaria del estado. En ese sentido, cuando hablamos de división de poderes a lo que estamos haciendo referencia, es a la separación de funciones, como diversas formas o facetas de la definición o realización jurídica del poder. Debemos por ello entender que la separación de funciones no afecta el poder. Sin embargo, la terminología sigue aún siendo utilizada aún cuando conscientes de los límites de su formulación. Una explicación sobre el particular la realiza Bidart Campos. Según este autor, "si en rigor seguimos usando la terminología división de poderes y denominando poder a cada uno de los tres departamentos que son producto de la división, es por comodidad de lenguaje y por un uso inveterado que permite entender lo que queremos decir. Pero el poder del Estado o poder político, o poder constituido es uno sólo, único e indivisible, por manera que lo que se divide o reparte son las funciones del poder entre órganos distintos e independientes". Germán Bidart Campos: El Derecho Constitucional del Poder, Tomo I, pág. 15. . En resumen, la diversidad de órganos y funciones no determina la fragmentación del poder, ya que este es uno aunque ciertamente sus funciones puedan ser diferenciadas.

106.- Loewenstein, op. cit., pág. 55-56.

107.- Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, Barcelona, 1976, pág. 63.

estructura que concibe al estado como una unidad que tiene diversas funciones las cuales son encargadas a órganos diferenciados que como parte de ésta unidad se encuentran subordinadas al estado a través de mecanismos de control del poder de un órgano sobre los otros"108.

Según el profesor Dromi, "las funciones del poder son las formas diversas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominante del Estado, los diversos modos de ejercicio de la actividad estatal, que titularizados por órganos diferenciados, no permiten la concentración autoritaria de la suma del poder público que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prohíben"109. Ciertamente, lo que se busca es que cada órgano tenga una función específica, aún cuando no se encuentra prohibido de realizar otras funciones110. Para el profesor mejicano Berlín Valenzuela, el término *función* "expresa las relaciones de interdependencia entre las instituciones y la relación que estas y los modos de acción y pensamiento mantienen con la estructura a cuya preservación concurren. La hipótesis funcionalista podría resumirse así: las actividades parciales contribuyen a la actividad total del sistema al que pertenecen"111y para el profesor Marienhoff, las funciones son los medios para la realización de los fines estatales112.

Sin embargo, poderes y/o funciones distintas no quiere decir necesariamente contrapuestos o en una situación de antagonismo permanente. Ello conduciría irremediablemente a una situación de caos, que pondría en peligro no sólo al Estado sino al conjunto de la sociedad. Por ello, con justa razón diversos autores han sostenido que, "no se puede hablar de separación de poderes, pues no hay ni puede haber entre los diversos titulares de potestad estatal, sino una sola distribución o afectación especial de competencias. Los titulares de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial reciben estas funciones, no ya como trozos de potestad estatal destinados a incorporarse separadamente en cada uno de ellos, y cuya posesión los

---

108.- *Ibíd.*

109.- José Roberto Dromi: *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 77.

110.- "En la actualidad, la aplicación del principio de separación de poderes ha dado lugar a diversos tipos de regímenes en que ocurren fenómenos de concentración o confusión de poderes, separación rígida de poderes y colaboración de poderes. Para algunos autores como el doctor Enríquez Álvarez Conde, hay concentración o confusión de poderes, cuando todas las funciones del Estado son ejercidas por un mínimo órgano, o bien cuando un sólo órgano tiene el poder efectivo de decisión en todas las materias. En otros regímenes tiene lugar la separación de poderes, que consiste en atribuir funciones específicas a cada órgano. Finalmente, hay otro tipo de regímenes donde existe mayor flexibilidad, por lo que admiten la colaboración de poderes, que implica tres características: división de poderes, colaboración de poderes y dependencia orgánica". Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 124.

111.- Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 125.

112.- Marienhoff, *op. cit.*, pág. 43.



convertiría en fuerzas políticas concurrentes o en personas soberanas llamadas a tratar juntos a modo de contratantes que alegasen sus derechos e intereses diferentes, sino que estos múltiples titulares reciben, con diversas competencias, la misión de **cooperar** al ejercicio de una potestad única, y, por consiguiente, también la de colaborar en la forma de una voluntad estatal única y común<sup>113</sup>. En tal sentido, la expedición de los decretos de urgencia puede ser considerada como expresión de este principio de colaboración entre dos poderes del Estado, como son el Gobierno y el Congreso.

La función estatal de control como formulación teórica es relativamente nueva, aún cuando como ya vimos, se encontraba presente en el telos mismos de la separación de poderes. Según Néstor Sagües, "la tradicional y divulgada tesis de la doctrina de tres funciones básicas del Estado (legislación, administración ejecutiva y administración de justicia), de raigambre *jurídica*... ha hecho que se traspapelará a segundo o tercer lugar de la función de control"<sup>114</sup>. Esto llevó a autores como Sánchez Agesta, a sostener que la detección de la función estatal de "control", específica y diferenciada de las otras tareas fundamentales del Estado, es un dato relativamente reciente de la ciencia del Derecho Constitucional, y ha sido más producto de la práctica y de la experiencia que de las especulaciones constitucionales teóricas<sup>115</sup>.

Quizá, una de las razones que explica la posposición de la función de control, estriba en que las constituciones han en forma habitual erigido tres sujetos del Poder, asignándoles los nombres de tres funciones que teóricamente encarnarían (El Poder Legislativo, para legislar; el Poder ejecutivo, para efectivizar la ley; el Poder Judicial, para resolver los litigios), cuando en verdad, como ya mencionamos, tales funciones están cada vez más compartidas y cada Poder oficial está cada vez más híbrido. Asimismo, por estar la función de control distribuida entre distintos órganos, pocas veces se pensó en crear un "Poder Control" concentrado en un Poder estatal concreto. Todo ello ha impedido según Néstor Sagües, "visualizar la tarea de control como función básica propia y específica, y eso, a su turno, ha provocado su devaluación institucional, que hoy se trata de reparar"<sup>116</sup>.

Siguiendo a este autor, "La aplicación ortodoxa del principio de división de poderes, no ha permitido diferenciar con perfiles nítidos a la función de control; función ínsita en el principio de división, ya que presupone la existencia del poder

---

113.- Jellinek, Georg, Teoría General del Estado. Ed. Albatros Buenos Aires. págs. 451 y ss. Citado por Jorge Melo, op. cit., pág. 506.

114.- Néstor Pedro Sagües, op. cit., pág. 66.

115.- Sánchez Agesta, Luis: Derecho Constitucional Comparado. Ed. Nacional, Madrid, 1963, pág. 46. En: Néstor Pedro Sagües, op. cit., pág. 66.

116.- Néstor Sagües, op. cit., pág. 67 y 68.

limitado por el poder, lo cual es posible, en el orden de la realidad, mediante un sistema de frenos y contrapesos que impongan un equilibrado ejercicio del poder. Este equilibrio se logra sobre la base del control"<sup>117</sup>.

Sin embargo, no obstante esta suerte de relegación jurídica inicial del tema y de la problemática del control, modernamente se ha producido una significativa recotización de esta última. Efectivamente, se vuelve a poner sobre el tapete la necesidad de mecanismos de control y fiscalización sobre el gobierno. En tal sentido, y nos adelantamos un poco, es interesante constatar no sólo como se ha reformulado el principio de la división de poderes por el de división o separación funciones antes referido, sino sobre todo, el lugar que ha venido escalando el control, hasta situarse como una de las funciones principales del ejercicio del poder.

Así, muchos autores vienen proponiendo una suerte de reclasificación "política" de las funciones estatales, destacando en todas ellas de manera relevante, la función de control. Tenemos por ejemplo que Luis Agesta propone entonces distinguir las funciones de gobierno, *control* y *responsabilidad política*<sup>118</sup>. Maurice Duverger, diferencia los poderes estatales de *decisión*, *ejecución*, *consulta* y *control*, que la tarea de control sea secundaria respecto a las dos primeras<sup>119</sup>. Pero --al decir de Néstor Sagües-- será Carl Loewenstein quien con mayor entusiasmo planteará "otro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo", sobre la base de una nueva división tripartita de funciones: *decidir* (policy determination), *ejecutar* (policy execution) y *controlar* (policy control)<sup>120</sup>.

## II.- El concepto de control del poder

### Etimología del concepto de Control

La raíz etimológica del concepto control es compleja. Diversos autores entre ellos el profesor Morillo Gibert<sup>121</sup> señalan la procedencia francesa e inglesa de dicha palabra, subrayando las diferentes acepciones que la misma tomará. Según el mencionado autor, en francés, *contrôler* significa "comprobar", "inspeccionar",

---

117.- Castorina de Tarquini, María C.: Sistematización de las funciones del Congreso, En: Atribuciones del Congreso Argentino, Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Pérez Ghilhou y otros, Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 46.

118.- Luis Sánchez Agesta. Derecho Constitucional Comparado. Citado por Pedro Sagües, op. cit., pág. 67.

119.- Maurice Duverger, Citado por Néstor Sagües, op. cit., pág. 67.

120.- Karl Loewenstein; Teoría de la Constitución, Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1976, págs. 62 y ss. En: Néstor Sagües, op. cit., pág. 67.

121.- Morillo Gibert, op. cit., pág. 24 y 25. Véase por ejemplo Manuel Aragón, op. cit., pág. 69.

"verificar", "revisar". Procede etimológicamente de *contrarotulum*, de donde *contre-rôle*, una especie de registro duplicado que se efectuaba para la verificación del original, a partir del cual extendió su sentido hacia la comprobación de la veracidad de una afirmación o de la exactitud en la realización de un trabajo. Sin embargo, en inglés, *to check* equivale aproximadamente al sentido francés de *contrôler*. Pero *to control*, en cambio, significa, además de "verificar" en una acepción muy secundaria, "regular", "ejercer autoridad", "dirigir", "mandar" u "ordenar", "reprimir" o "restringir", "dominar". Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española, que ha aprobado recientemente el término y sus derivados, acoge en su definición de *control* tanto el galicismo ("comprobación", "inspección" o "registro") como al anglicismo ("dominio" o "supremacía") pero restringe el verbo controlar sólo al galicismo de "comprobar", "revisar", "intervenir" o "examinar".

Para García Morillo el significado de "comprobar", "revisar", "intervenir" o "examinar" es la acepción que debería presidir la construcción del concepto de *control parlamentario*, pese a que nunca faltan las interpretaciones que lo conjugan con el inglés de supremacía o dominio<sup>122</sup>. Esta idea no es totalmente compartida por otros autores como Manuel Aragón. Para este autor, "aunque suele decirse que en el idioma inglés "control" se refiere a dominio, a diferencia de los que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a "comprobación", lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros"<sup>123</sup> (francés e inglés). Manuel Aragón llama la atención acerca de la multiplicidad de significados en la Constitución española, y en el ordenamiento jurídico. Este señala que del examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, se advierte que la pluralidad de significados no desaparece<sup>124</sup>.

### 2.3.2. Algunas definiciones del concepto de control

---

122.- Morillo Gibert, op. cit., pág. 25.

123.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 71.

124.- La propia Constitución Española, por ejemplo, emplea las expresiones "control parlamentario" (de la acción del gobierno, de la suspensión individual de derechos, de los medios de comunicación social dependientes del Estado, de determinadas normas legislativas de las Comunidades Autónomas); "control de la actividad de las Comunidades Autónomas" (por el gobierno, por el Tribunal Constitucional, por la jurisdicción contencioso administrativa, por el Tribunal de Cuentas); "Control por los Tribunales" (de la potestad reglamentaria y de la actividad de la Administración); "control judicial" (de la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado); "control" (distinto del judicial) sobre la legislación delegada; "contra del Estado" (sobre el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 150.2), "control...de...los centros" (docentes sostenidos por la Administración con fondos públicos). Sin perjuicio que ciertas actividades de control no estén así enunciadas literalmente. Manuel Aragón, op. cit., pág. 70-71.

El concepto de control no está perfectamente definido<sup>125</sup>. La pluralidad de situaciones que se hacen denominar ejercicio de la función control nos sugiere las dificultades que surgen cuando se quiere realizar una definición. Asimismo, nuestra Constitución Política Peruana al igual que muchas constituciones incluyendo la Constitución Española --fuente de inspiración--, no usan la expresión control en forma clara y precisa. Tampoco existe consenso en la doctrina sobre los alcances y el contenido de este concepto, dependerá de los sujetos que la realizan o en otros de los parámetros de control la definición de la función de control<sup>126</sup>. Lo que si existe son, diferentes intentos de definir el concepto de control. Estas definiciones han puesto el acento en diferentes aspectos, pero existen aún dificultades y poco consenso, en arribar a una definición que englobe y aglutine a todas las actividades de control, incluso autores como Aragón han cuestionado la necesidad de plantear una definición única.

La diversidad de órganos y las particularidades que este control adopta hacen sumamente difícil y complejo la elaboración de una definición común acerca de la función de control. Encontramos controles de naturaleza política, controles de naturaleza más constitucional, controles legislativos, controles administrativos, judiciales, controles de naturaleza económico financiero, etc. Todos estos controles se realizan entre los diferentes órganos en forma horizontal, como al interior de cada órgano en forma vertical. A su vez, unos serán para velar por la vigencia y el respeto a la Constitución Política, otros tendrán por objeto vigilar la transparencia en el gasto público, o quizá, el control pueda estar encaminado a velar por el cumplimiento y la observancia por parte del gobierno, de la voluntad popular mayoritaria y por que no minoritaria.

Karl Loewenstein sostiene que el control asume dos modalidades básicas: el control por *distribución de poder*, es decir, cuando se requiere la voluntad de dos sujetos para producir un acto jurídico, como en el nombramiento de un juez federal, producto de una proposición del Poder Ejecutivo y de un acuerdo senatorial; o por *negación de poder*, si un Poder puede disolver un acto de otro Poder o a este mismo

---

125.- Néstor Sagües, *op. cit.*, pág. 68.

126.- Según Rodríguez Zapata, "la noción de control constitucional se ha elaborado sobre la base de la doctrina de los controles administrativos. Según este autor, se ha partido de la teoría clásica de GNEIST (1882) considerado por CAMMEO (1903) como el autor de una teoría general de los controles, así como de FORTI (1915) y, en fin, de la obra esencial de Heinrich TRIEPEL Die Reichaufsicht, de 1917. Sin embargo, será Serio GALEOTTI es, en 1963, el autor que elabora la doctrina más acabada de los controles constitucionales. En España los autores que más desarrollaron la teoría de los controles fueron los especialistas en Administración Local y, muy en especial, el profesor GARCÍA TREVIJANO FOS, que se refiere a los controles constitucionales en su Tratado de Derecho Administrativo". Rodríguez Zapata, Jorge. Teoría y Práctica del Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid 1996, pág. 430.



Poder: casos, v.g., del veto presidencial a las leyes que sancione el Congreso, o la disolución del Parlamento por el Presidente de la República, en los regímenes parlamentarios<sup>127</sup>.

Para Sagües, el control puede plasmarse *inter-órganos* (si un Poder del Estado vigila al otro), o *intraórgano* (si un sector de un órgano fiscaliza internamente al propio órgano), como es el caso de una Cámara del Congreso al revisar un proyecto legislativo que proviene de la otra sala o del Ejecutivo, como es el caso que aquí pretendemos analizar<sup>128</sup>.

Para el profesor español Sánchez Agesta, mientras el acto de gobierno significa *impulsión* y *decisión*, el acto de control importa *poder de influir* (persuadir o disuadir), o *impedir*. Así como modalidades de esto último, propone el supuesto en que un órgano informa o aconseja a otro, le da conformidad, aprueba lo resuelto por el primero, le pide informes, le concede autorizaciones, etc.<sup>129</sup>.

Por su parte, Oyhanarte distingue una suerte de *control negativo* (o de achicamiento del poder, (cuando por ejemplo un órgano veta la actuación del otro, o remueve a un funcionario de él) y otro *control positivo*, cuando un órgano aporta a otro su conformidad para la consumación de un acto (fenómeno de participación y cooperación en las funciones)<sup>130</sup>.

En nuestro criterio, es importante tener en cuenta lo señalado por el profesor Rodríguez Zapata en relación con el control, cuando precisa que el control implica, en primer lugar, **una relación entre poderes u órganos constitucionales**. Compartimos la tesis de este autor cuando sostiene que el control interno o autocontrol no es un

---

127.- Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pág. 90. Según explica este autor, el control por distribución del poder consiste en el hecho de que un acto estatal sólo tiene lugar cuando los diversos detentadores del poder están dispuestos a una común actuación. El acto político sólo será eficaz cuando diversos detentadores del poder participan y cooperan en su realización. En este caso los detentadores del poder tendrán que compartir constitucionalmente el ejercicio de la función, con lo cual se controlan mutuamente. Se hace necesario e indispensable la cooperación de los detentadores del poder si el acto estatal tiene que realizarse. Por su parte, el control autónomo de poder, se produce cuando un detentador del poder impide la realización de un acto estatal, o que ponga en juego su existencia como ocurre en el caso de un voto de no confianza del parlamento al gobierno, o la disolución del parlamento por el gobierno. Estas técnicas pueden utilizarse discrecionalmente e independientemente; el detentador del poder es libre de aplicarlas, es decir, puede hacerlo pero no está obligado a ellos. La intervención del poder es optativa.

128.- Néstor Pedro Sagües, *op. cit.*, pág. 70.

129.- Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, págs. 49 y ss.

130.- Oyhanarte, Julio: Poder político y cambio estructural en la Argentina, págs. 68 y ss. Buenos Aires, Ed. Paidós, 1969. Citado por Néstor Sagües, *op. cit.*, pág. 68.

control constitucional en sentido propio. Ya Loewenstein ha señalado las dificultades y su escepticismo --que compartimos-- con los autocontroles, dada la naturaleza humana. Es necesario en segundo lugar, que se controlen competencias ajenas. En el Derecho constitucional se controlan recíprocamente verdaderos poderes del Estado. Por ello, el control no implica la sustitución por otro del acto controlado y presenta una nota de accesoriadad respecto de una actividad principal. En cuanto a su contenido el control no es una injerencia o dominio en la esfera de atribuciones de otro órgano, sino que se suele manifestar en un reexamen o verificación<sup>131</sup>.

Para un autor de nombre Virga, existen dos clases de control: los controles primarios, que son los que se ejercen sobre las personas titulares de órganos, y secundarios, que son los que se aplican a los actos (disolución del parlamento, voto de censura). Los primeros son más eficaces, se concretan en la designación o revocación de los titulares de los órganos. En virtud del poder de designación, el órgano controlador nombra, para el órgano controlado, a aquella persona que sigue la misma orientación política, convirtiéndose en criatura suya; por medio de la revocación, el órgano controlador puede destituir al titular del órgano controlado si éste no sigue la orientación política por aquel fijada<sup>132</sup>.

### 2.3.3. Crítica de algunas definiciones del control

Uno de los autores más citados y que hizo uno de los esfuerzos más serios de conceptualizar los controles constitucionales es Galeotti en su texto "Introduzione alla teoría dei controllo costituzionali"<sup>133</sup>. Para este autor, "por control constitucional puede entenderse en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho Constitucional"<sup>134</sup>. Esta posición ha sido criticada por Manuel Aragón, quien sostiene que esta consideración de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión, que pese a la exclusión realizada por Galeotti, posee, ciertamente relevancia sobre la vida constitucional.

Una crítica que se le hace a Galeotti y que es pertinente para los fines de este trabajo es el vinculado al carácter constitucional de los controles políticos. Este autor afirma correctamente que "los controles políticos son aquellos en los que el control se

---

131.- Chimenti, citado Rodríguez Zapata, Jorge: Teoría y Práctica del Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid 1996, pág. 430-431.

132.- Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, Vol. II, Tecnos Madrid, 1986, pág. 222.

133.- Citado por Manuel Aragón, op. cit., pág. 74.

134.- Ibíd.

realiza con plena libertad de valoración" y que tales controles, por no ser jurídicos, están excluidos del concepto que defiende, (no obstante ello Galeotti) se ve obligado, contradictoriamente, a considerar a algunos de ellos como controles constitucionales, tal como es el caso del control parlamentario<sup>135</sup>. La contradicción es clara, pues primero se afirma que los controles constitucionales, como controles jurídicos, excluyen a los controles políticos y después acepta que éstos se incluyan en el propio concepto que antes los niega<sup>136</sup>. Galeotti trata de salvar esta contradicción sosteniendo que el carácter jurídico también se le puede atribuir al control parlamentario en cuanto que dicho control no se realiza con criterios de valoración totalmente libres, sino atendiendo a valores expresos o institucionalmente tutelados<sup>137</sup>. Esto lo conduce a sostener que en el control jurídico "no es esencial la predeterminación de cánones de confrontación anteriores e inmodificables", sino que basta la existencia de algún parámetro, aunque sea muy flexible y escasamente normativo, de control, porque tal existencia ya es suficiente para excluir la absoluta libertad de valoración<sup>138</sup>, basta, llega a decir que haya (o se pretenda que haya) una adecuación a "principios", "intereses", o más generalmente, "valores"<sup>139</sup>.

Aragón comenta que, la laxitud del parámetro así considerado no se le escapa a Galeotti, que, finalmente, vencido por la imposibilidad de atribuir carácter jurídico a lo que difícilmente lo puede tener, concluye con que son controles constitucionales los regulados por el Derecho Constitucional<sup>140</sup>. **Es decir, es jurídico según Galeotti lo regulado por el Derecho, y, en consecuencia, es control constitucional el regulado por el Derecho constitucional**<sup>141</sup>. Esta posición al decir de Aragón no resuelve el problema, ya que los controles relevantes para el derecho Constitucional, o los controles del poder en la teoría constitucional, no pueden ser abarcados, conceptualmente, bajo denominación de "controles constitucionales", ya que tal definición no calificaría, ni distinguiría, por sí misma, a la diversidad de controles. La crítica de Aragón es impecable.

*"¿Qué puede significar controles constitucionales?, ¿Qué están previstos en la Constitución?. Entonces ni abarcaría a todos (puede haber controles creados por ley pero de gran relevancia para el Derecho Constitucional) ni definiría su carácter (en la Constitución pueden estar previstos controles de carácter totalmente heterogéneo). ¿Qué se ejercen sobre órganos constitucionales?. Entonces no comprendería (y*

---

135.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 75.

136.- *Ibidem*.

137.- Galeotti citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 76.

138.- *Ibidem*.

139.- *Ibidem*.

140.- *Ibidem*.

141.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 76-77.

*el concepto estaría fuertemente mutilado) los ejercitados sobre la Administración, sobre los órganos de las entidades territoriales autónomas, etc., que son extraordinariamente relevantes para el Derecho Constitucional. ¿Qué se ejercen por los órganos constitucionales? Entonces no estarían incluidos los controles sociales ni los jurisdiccionales, excepto los realizados por el Tribunal Constitucional, ni los llevados a cabo por órganos del Estado que no son órganos constitucionales, ni el que ejercita el cuerpo electoral. No hacen falta más ejemplos para excluir un entendimiento así"142*

#### 2.3.4.- Los problemas de una definición única

Como vemos, el mayor problema que plantea la función de control consiste según Rodríguez Zapata, en determinar en qué consiste el control diferenciándolo de otras competencias parlamentarias autónomas o instrumentales de la función de control, como las llamadas de inspección, de garantía, de dirección política, etc. Como agrega este autor, "las funciones no legislativas de las Cortes (Españolas) entre las que se encuentra la función de control, han tenido hasta el siglo XIX un valor residual y han sido tratadas en forma negativa por la doctrina"143. No obstante ello, en los últimos años su estudio se ha revitalizado por la doctrina italiana --seguida muy de cerca en España en esta materia-- que ha tratado de elaborar dogmáticamente las funciones de dirección política, información y control del Parlamento144.

Para la teoría de la Constitución, el fenómeno del control escapa al corsé de una definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos145. **El sentido del control no es otro que el de considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder**146. Efectivamente, como hemos podido advertir cada autor ha intentado definir, el control en si mismo, sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una pluralidad de conceptos de control, no impide aprehender a este único sentido. Joaquín García Morillo le atribuye al control parlamentario una "especial plurivocidad"147. Manuel Aragón por su parte señala que, bajo las diversas formas sea esta parlamentaria, judicial, social, etc. del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etc.) que tal control puede revestir,

---

142.- Ibídem, pág. 77.

143.- Rodríguez Zapata, op cit., pág. 430.

144.- Ibídem.

145.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 68.

146.- Ibídem, pág. 69.

147.- Andrea Mazella, Las Cortes en el Sistema Constitucional Español, en: La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Pedrieri y. García Enterría, 2 edición, Civitas, Monografía, Madrid, 1998, pág. 510.



late una idea común: **hacer efectivo el principio de la limitación del poder**<sup>148</sup>. Todos los medios de control, en el Estado constitucional, están orientados en un sólo sentido y todos responden, objetivamente, a un único fin: "**fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos**"<sup>149</sup>.

La imposibilidad de un concepto único de control reposa en la heterogeneidad de los medios de control, la misma que es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. En palabras de Manuel Aragón "si bien la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control y considerarle, por ello validamente, como elemento inseparable del concepto de Constitución, la pluralidad de los medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control"<sup>150</sup>.

Esta diversidad se encuentra por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas, los actos de gobierno y de la Administración, del poder legislativo y del judicial, la mera actividad o comportamiento del gobierno (responsabilidad política), etc. Por otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia de justicia, cámaras parlamentarias y sus comisiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarias, órganos de Gobierno en sentido propio e incluso órganos de la Administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las Administraciones públicas) grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etc. Y finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad en la apreciación<sup>151</sup>.

El dilema de la necesidad de definición conceptual es planteado por Manuel Aragón. Según este autor, ante una heterogeneidad así, no es de extrañar que los intentos de dotar al control de un tratamiento conceptual unitario adolezcan de graves deficiencias. Y ello es así, pues o son construcciones de suma debilidad teórica, al tratar de homogeneizar lo que de ninguna manera lo es, o son construcciones en las que el pretendido rigor les lleva a excluir del concepto figuras que obviamente lo son, con olvido de que el arbitro del teorizante debe encontrar su límite en los datos que facilita la propia realidad<sup>152</sup>.

---

148.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 71.

149.- *Ibidem*.

150.- *Ibidem*.

151.- *Ibidem*.

152.- Galeotti, citado por Manuel Aragón, op. cit., pág. 74.

Esta definición es sostenida por Manuel Aragón. Para este autor, no existe uno sino varios conceptos de control. La teoría constitucional del control ha de abarcar a éste a través de una pluralidad conceptual que permita distinguir las diversas modalidades que adopta el control<sup>153</sup>.

### 2.3.5. La relación entre garantía y control del poder

El otro punto importante es la relación entre control y garantía utilizados por Montero Gibert<sup>154</sup> y García Morillo, y han despertado algunos debates y discrepancias. En principio señalaremos que, el control funciona como garantía de la limitación, pero también es cierto que el término garantía, bajo la denominación expresa de "garantías constitucionales", ha sido largo y heterogéneamente estudiado por la doctrina. La doctrina se adhiere a la clásica concepción de Jellinek, quien entiende la garantía constitucional como un instrumento encaminado a asegurar la "regularidad" de la Constitución. Para Galeotti, la garantía constitucional "alude a todos los mecanismos institucionales objetivamente ordenados a asegurar el respeto de la Constitución<sup>155</sup> o "la tutela de la regularidad constitucional"<sup>156</sup>.

Para todos estos autores el término **garantía** es más amplio que el de **control** y para todos, menos para Galeotti, el primero siempre engloba al segundo, que forma sólo una parte de aquel. No existe acuerdo sobre este problema, García Morillo diferencia control de garantía afirmando que el primero se refiere sólo a la función de mera comprobación y la segunda a la sanción, revocación, etc., que como consecuencia del control puede producirse<sup>157</sup>

Manuel Aragón propone ante esta cuestión, distinguir, primero la noción general de garantía de la noción específica de "garantía constitucional", para tratar después de diferenciar a ambas del control. Las garantías son los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las garantías constitucionales son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. Las garantías constitucionales son en definitiva, un tipo de garantías, no subjetivas sino objetivas y que aseguran no el cumplimiento de

---

153.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 80.

154.- Revisar por ejemplo J.R. Montero Gibert y J. García Morillo, El Control Parlamentario. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 25 y ss.

155.- Citado por Manuel Aragón, op. cit., pág. 85.

156.- *Ibíd.*, pág. 86.

157.- García Morillo, El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español, Editora del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 76 y ss. Citado por Manuel Aragón, op. cit., pág. 87.

cualesquiera normas o principios sino sólo de las normas y principios constitucionales<sup>158</sup>.

**El control es una garantía, pero el control no es todas las garantías.**

Unas veces el control opera como única garantía, otras veces hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de diversos instrumentos pero, entre ellos, **sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías**. En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas "garantías constitucionales" y a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control<sup>159</sup>. Lo importante es no olvidar que el control es, siempre, la garantía verdaderamente efectiva.

#### 2.4. Clases de Controles

Existen como hemos visto diferentes tipos de control. Sin embargo, destacan y son relevantes para efectos de nuestro trabajo, dos tipos de control, el jurídico y el político<sup>160</sup>. Estos dos tipos de control son importantes trabajarlos, pues uno de los núcleos centrales del presente trabajo está en definir si el control parlamentario de los decretos de urgencia es un control jurídico o un control político. En otras palabras, si el Congreso realiza un control de la constitucionalidad y legalidad o un control de oportunidad o conveniencia político de los decretos de urgencia. Por nuestra parte consideramos que el Control Parlamentario, y en específicamente el que este realiza sobre los decretos de urgencia, aún cuando utilizan argumentos constitucionales por la forma como se adoptan las decisiones es un control político. Esta es una de las hipótesis que buscamos demostrar.

Como señala Alonso de Antonio, el "Derecho como parámetro para analizar la adecuación a las normas jurídicas de conductas ajenas dará lugar a un control jurídico strictu sensu encomendado a los tribunales, ya sean ordinarios o constitucionales. De la política como criterio de oportunidad nacerá el control político del Parlamento sobre el Gobierno"<sup>161</sup>.

---

158.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 87.

159.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 88.

160.- Existen otros tipos de control. Aragón nos señala además del político y del jurídico el social, Angel Luis Alonso el electoral.

161.- Alonso de Antonio, Angel Luis, El control parlamentario de la política exterior en la Constitución de 1978, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nº 15. Monográfico. Diez Años de Desarrollo Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1989, pág. 36.

### 2.4.1. El Control Jurídico

El control jurídico es una actividad de revisión de un sujeto de la actividad de otro, pero, una "**revisión objetivada**", regulada casi plenamente en las normas, que tiene como parámetro la ley vigente. Se trata de una actividad necesaria y obligatoria, puesto que no depende de la voluntad del controlante, y "**reglada**" puesto que excluye toda discrecionalidad.

Su ejemplo más claro sería la actividad judicial, cuyo cometido no es otro que aplicar las leyes. Las características de este control es la facultad de sanción de la actividad controlada, esto es, la posibilidad de corregirla<sup>162</sup>.

Entre sus principales características tenemos entonces: el carácter predeterminado del parámetro en el control jurisdiccional, destacando la Constitución como la norma que se encuentra en el vértice de este edificio normativo y luego la legislación infraconstitucional. Tenemos también el carácter indisponible del parámetro en el control jurisdiccional y los criterios de valoración. Asimismo, un rasgo fundamental es el del carácter necesario del control jurisdiccional<sup>163</sup>.

Para el profesor Rubio Llorente, en el control jurídico no existe dominio ni superioridad del órgano controlante sobre el controlado, pues aquel carece de criterio o voluntad propios<sup>164</sup>. Asimismo, este control se realiza sobre la base de la aplicación de normas preestablecidas, pues sus decisiones que por eso han de ser motivadas no hacen otra cosa que aplicar al caso concreto la regla preestablecida (en principio al menos, formulada en forma general y abstracta declaraciones). Así mismo, no operan sobre la existencia del órgano controlado, sino simplemente sobre los resultados de su actuación<sup>165</sup>.

### 2.4.2. El control político

A diferencia del carácter objetivado --normas predeterminadas y fijas-- del control jurídico, la condición subjetiva es la propia del control político. Esta condición determinara una serie de peculiaridades en lo que se refiere al agente, al objetivo, al canon de valoración y al resultado del control.

---

162.- Fernando Santaolalla: La función de control y la ciencia del derecho constitucional, en: Revista de las Cortes Generales N° 12, Tercercuatrimestre, 1987, pág. 228.

163.- Para una mayor profundización sobre el tema del control jurídico, revisar el trabajo de Manuel Aragón: Constitución y Control del Poder, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, desde la página 91 hasta la página 143.

164.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 244.

165.- Ibídem.



Para Santaolalla el control político está también regulado por el Derecho, pero de un modo más superficial: se establece quienes son el controlante y el controlado y poco más. Se caracteriza por no haber parámetro objetivo con el que confrontar la actividad enjuiciada, y si lo hay, éste es disponible para el controlante, en el sentido de su actuación es voluntaria y libre, basada en criterios de oportunidad y no de legalidad<sup>166</sup>.

De acuerdo con este autor, se ejercita por órganos políticos como el Parlamento y con criterios de interpretación puramente políticos. Se diferencia especialmente del control jurídico en que no necesariamente se presenta esa potestad obstativa, sancionadora, sino sólo de modo excepcional. Sus efectos son puramente políticos, sanciones indirectas, como puede ser el desgaste y crítica del Gobierno ante la opinión pública en el caso del control parlamentario, paradigma del control político. Precisamente por eso, todas las actuaciones parlamentarias, salvo tal vez la legislativa obedece a esa función de control. Y así, preguntas, interpelaciones, Comisiones de investigación, mociones, incluidas las e censura, serían expresión de este control político<sup>167</sup>.

#### 2.4.3. Diferencias entre el control jurídico y el control político

La primera diferencia consiste en el carácter "objetivado" del control jurídico, frente al carácter "subjetivo" del Control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio, el carácter "subjetivo" del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible<sup>168</sup>.

La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de

---

166.- Fernando Santaolalla: op. cit., pág. 228-229.

167.- *Ibidem*. Un rasgo que aporta el español Blanco Valdés en relación con el control político "estamos en presencia de órganos de composición netamente política (y no jurisdiccional) y, sobre todo, porque los procedimientos de control previstos implican siempre, en última instancia, al órgano parlamentario, que decidirá o codecidirá respecto de la eventual violación de la Constitución. Y si lo que caracterizará al control de constitucionalidad es el ser asumido por agentes por entero ajenos al proceso de creación de la norma y, salvo excepciones, con posterioridad al nacimiento de la misma". Roberto Blanco Valdés, op. cit., pág. 124.

168.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 90-91.

oportunidad)<sup>169</sup>. Como señala Blanco Valdes, es preciso "no confundir lo que podríamos llamar el control *político* del poder legislativo (...) y el control *jurídico* que podría quedar en manos de los jueces en el ejercicio de su función interpretadora de la ley"<sup>170</sup>.

La tercera diferencia consiste en el carácter "necesario" del control jurídico frente al "voluntario" del control político. "Necesario" el primero no sólo cuando para ello es solicitado sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado el órgano que ejerce el control ha de emitir, necesariamente, la correspondiente sanción, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto o la norma controlada). Mientras el carácter "voluntario" del control político significa que el órgano o el sujeto controlantes es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción<sup>171</sup>.

La última diferencia relevante para los efectos del presente trabajo es la que se refiere al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control (perspectiva teleológica). El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el Control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos<sup>172</sup>.

---

169.- *Ibíd.*

170.- Roberto Blanco Valdés, *op. cit.*, pág. 131.

171.- *Ibíd.*, págs. 92-93.

172.- *Ibíd.*

*"... (Constituye el) control parlamentario (...) el núcleo esencial de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo y, al mismo tiempo...una de las piezas básicas del edificio teórico y constitucional del parlamentarismo."  
Montero Gibert*

*"El Control Parlamentario es una de las perspectivas interesantes del derecho parlamentario, a través de las cuales se puede analizar toda la actuación parlamentaria".  
Rubio Llorente*

### **CAPITULO III EL CONTROL PARLAMENTARIO**

El propósito de este capítulo es revisar la doctrina vigente sobre el control realizado por el Congreso. No es nuestra idea agotar todo el tema, pues ello no es objeto en este trabajo, sino revisar aquellos conceptos teóricos que nos permitan entender y explicar de una manera más clara el control parlamentario de los decretos de urgencia en nuestro país.

La función de control parlamentario del Gobierno puede ser realizada por diferentes instrumentos, tales como el voto de confianza, la moción de censura, las preguntas, las interpelaciones y mociones, las comisiones parlamentarias de investigación, etc. Nos interesa en particular el control de las facultades legislativas del Ejecutivo, tema que nos interesa.

Esto implica que nos encontramos ante lo que la doctrina denomina un control inter-orgánico, es decir, el que realiza el Congreso sobre el Poder Ejecutivo. Eso supone descartar el denominado control parlamentario intra-orgánico, control que realiza una Sala o Cámara del Congreso sobre otra por ejemplo. Tampoco nos interesa el control inter-orgánico que puede realizar el Poder Legislativo sobre el Poder Judicial. Nos interesa entonces el control que pueda realizar el Congreso, sobre el Poder Ejecutivo. A esto control nos referimos cuando utilizamos la palabra **control parlamentario**.

El italiano Andrea Manzella, distingue dos tipos de control parlamentario. El primero (que corresponde a la acepción más propia del término control) es la actividad del Parlamento que se dirige a verificar la acción político administrativa del Gobierno

y a poner de manifiesto y a sancionar su responsabilidad política<sup>173</sup>. Este es el control que queremos analizar en el presente trabajo. El segundo, que es el que aquí no abordaremos, es la actividad más exactamente denominada "de garantía" parlamentaria. La misma se dirige a controlar la acción de sujetos distintos del Gobierno y no ligados al Parlamento por un relación institucional de responsabilidad política<sup>174</sup>.

Como su mismo nombre lo señala, el primer papel que la Constitución parece confiar al Congreso es la función legislativa, la de sancionar leyes<sup>175</sup>, sin embargo, no es esta la única ni la primera función histórica, que la doctrina y la propia legislación comparada le reconocen a los Parlamentos. Existen otras funciones, entre las que destaca indudablemente la función de control. Efectivamente, el parlamento no debe ni tiene porque reducir su intervención a la función legislativa solamente, pues ello equivaldría a limitar de sobremanera su participación en el proceso político de cualquier nación<sup>176</sup>. Entre esas otras funciones, quizás la que destaca con más nitidez sea la función de control al gobierno. La importancia de esta función es tal que autores como el profesor Rubio Llorente, estima que el concepto de Control Parlamentario es una perspectiva sumamente interesante desde la que se puede analizar toda la actuación parlamentaria<sup>177</sup>.

El Parlamento no puede ser hoy considerado como una simple fábrica de leyes, pues la actividad legislativa, si bien importante, no tiene porqué ser su razón de ser, como lo era hace 50 años<sup>178</sup>. En esa línea, un sector de la doctrina ha destacado (del conjunto de funciones del Congreso) esos roles controlaristas del Congreso, al puntualizar, por ejemplo, que es una misión esencial (Zarza Mensaque), y según otros, sobre este fenómeno ha girado el meollo del proceso del poder<sup>179</sup>. Quizás con la

---

173.- Andrea Mazella, *Las Cortes en el Sistema Constitucional Español*, en: La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Pedriero y García Enterría, 2 edición, Civitas, Monografía, Madrid, 1998, pág.510.

174.- *Ibidem*. Para Mazella, "La medida de esta garantía parlamentaria es la propia Constitución, con sus normas y sus valores". El resultado de la intervención "de garantía" de las Cámaras a falta de la sanción de la desconfianza, se expresarán reacciones políticas varias destinadas a restablecer el equilibrio constitucional eventualmente alterado".

175.- Néstor Sagües, op. cit., pág. 70.

176.- Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 140.

177.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., p. 256. .

178.- Como sostiene Domingo García Belaúnde, se trata no sólo de modernizar el Parlamento, sino de reformular sus metas y objetivos. Fiscalización, control y legislación, son hoy los fines fundamentales del Organismo Legislativo, entendidos en su manera conceptual y genérica; y mientras esto no sea comprendido, no se podrá avanzar gran cosa. Ver: García Belaúnde, op.cit., pág. 18.

179.- Segundo Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 2a. ed. T. 9 pág. 33. Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1987; citado por Néstor Sagües, op. cit., pág. 70.



misma inquietud, Roger Collard escribía en el siglo pasado que la primera tarea de la asamblea no es la legislación como tal, sino la participación en la toma de decisión y control político<sup>180</sup>. En tanto que Ruiz Castillo, décadas atrás, concluía: "importa menos la función legislativa del Parlamento que la fiscalización (...) no cabrá ya caracterizar a los parlamentos por la función de legislar, sino por la de fiscalizar mediante la deliberación". En todo caso la función de legislar puede ser suplida por el Poder Ejecutivo con más eficacia técnica, sin embargo, no sucede así con la función de control y fiscalización.

Finalmente, debemos quitarnos de la cabeza la idea de que fortalecer el Parlamento y sus diversos mecanismos de control significa debilitar al Poder Ejecutivo y viceversa, que "fortalecer el Poder Ejecutivo significa necesariamente debilitar al Parlamento"<sup>181</sup>. Esto no es así. Cuando hablamos de fortalecer el Ejecutivo no aspiramos a un Ejecutivo que tenga más poder, sino más autoridad, que disponga de más medios de más instrumentos para su buen funcionamiento, medios entre los cuales se encuentra ciertamente los decretos de urgencia. "Cuando existe un nivel muy profundo de incapacidad de pobreza, de ignorancia en la administración pública e incluso en el ámbito del Gobierno, el Parlamento, por muy fuerte y muy calificado que sea, no podrá llenar el vacío que deja un gobierno incapaz y una administración atrasada"<sup>182</sup>.

### 3.1.- Antecedentes

La importancia y relevancia de la función de control no es nueva, de ella se pueden encontrar antecedentes. Efectivamente, no obstante, que la Constitución llama al Parlamento Poder Legislativo, y eso supone que está para legislar, el origen del Parlamento se vincula más con la función de controlar al Poder Ejecutivo (entonces, el Rey), en particular para imponer tributos. Desde la revolución de 1688, es obligado que un Parlamento controle la forma de gobierno del Poder Ejecutivo, de tal modo --ironiza Schwartz-- que "un cuerpo legislativo es poco digno del título de Congreso o Parlamento si meramente produce leyes como un salchichero produce salchichas"<sup>183</sup>.

La importancia del control parlamentario radica en que dicha función no puede ser sustituida plenamente por otro órgano. Pensemos en el caso de nuestro país. En estos momentos, tal como lo hemos demostrado en el primer capítulo, el Congreso Peruano aún cuando constitucionalmente está facultado entre otras cosas para legislar

---

180.- Ibídem.

181.- Silvano Larriola: Parlamento y Democracia, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 43.

182.- Ibídem.

183.- Bernard Schwartz, Los poderes del gobierno, trad. por José J. Olloqui Labastida, T. 1, pág. 121/2. México, UNAM, 1966. Citado por Néstor Sagües, op. cit., pág. 71.

y ejercer la función de control, en realidad no hace ni una ni otra, o en el mejor de los casos, los hace deficientemente. Esta deficiencia grave entraña consecuencias políticas de diferente naturaleza y grave trascendencia, Así, "si el Congreso falla en algunos de sus dos trabajos básicos de legislar y controlar, los resultados son diferentes. Si un Congreso no cumple con sus deberes legisferantes, el Poder Ejecutivo de conformidad con el Derecho Constitucional y el Administrativo, a través de la doctrina del estado de necesidad (y de los decretos de urgencia), llega a cubrir ese vacío (la cobertura será constitucional cuando la Constitución la dispone, y extraconstitucional en el caso opuesto). En cambio, si el Congreso no controla, nadie puede suplirle en su tarea específica de vigilancia del Poder Ejecutivo"<sup>184</sup>. Y en este último caso, no nos referimos al Control Constitucional que pudiera ejercer el Tribunal Constitucional o el propio Poder Judicial, sino a un control de naturaleza político. Estos realizan un control de legalidad y no de oportunidad, en ese sentido, no pueden cuestionar y menos modificar una decisión política salvo que esta decisión vulnere o viole la Constitución Política.

Es los orígenes del Parlamento, se acuña el conocido adagio, pieza importante de la institución parlamentaria, que señala que, "*no hay impuestos sin representación*" ("there are not taxes without representation"<sup>185</sup>). Esto significa, que se entrega los impuestos al rey, pero a cambio, se exige mayor participación, que deviene y se traduce en mayor control al rey en los gastos que este realice. El origen de esto, lo encontramos en los inicios del parlamento inglés. Según Arturo Pellet "si bien es cierto que debatían los asuntos sometidos a su consideración, la principal función de la asamblea era otorgar el consentimiento para la creación o modificación de tributos y contribuciones"<sup>186</sup>. Más adelante agrega, "De esta función, crear los recursos del reino, discutir los impuestos, derivan todos los demás poderes que se atribuirá más

---

184.- Néstor Sagues, op. cit., p. 71. Según este autor, "Podrá señalarse, sin embargo, que el Poder Judicial también cumple roles de control sobre el Poder Ejecutivo, y que de algún modo, puede ocupar el lugar del Congreso faltante o renuente. Incluso, cierta jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha puntualizado que en en períodos de facto, ante el receso congresional, a la judicatura le tocaba extremar la revisión de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo (V. la doctrina de los casos "Zamorano" y "Timerman", en jurisprudencia Argentina, 1978-I-240, 1978-IV-121). No obstante, y pese a tal acción judicial subsidiaria de un Congreso disuelto, lo cierto es que jamás podría el Poder Judicial inspeccionar al Poder Ejecutivo del mismo modo y con los mismos efectos que la inspección parlamentaria, de ser ésta real y efectiva. Piénsese, v. gr., en los efectos eventualmente destitutorios de un Presidente, mediante el juicio político; o en el rechazo de una iniciativa legislativa del Presidente, por razones de convivencia u oportunidad(pág. 71)".

185.- Francisco Eguiguren, Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. CAJ, Lima, 1990, pág. 194.

186.- Arturo Pellet Lastra. El Poder Parlamentario. Su origen, apogeo y conflictos. Abeledo-Perrotto, Buenos Aires, págs. 21-22.

tarde éste y los demás parlamentos que ha conocido la historia"187. Incluso, como señala este autor, se puede decir que la facultad de crear los recursos y votar los impuestos es el embrión de ese poder que tardó cinco siglos en desplazarse del rey a los comunes en el Parlamento Inglés188.

Aún cuando esta no es una historia lineal y se desarrolló a lo largo de un proceso histórico, donde hubieron marchas y contramarchas, en los hechos, el rey vio poco a poco recortado y limitado el ejercicio del poder en favor de los contribuyentes, no con el objeto que estos últimos expidieran en forma desordenada leyes, sino, para evitar que el rey incurriera en arbitrariedades y abusos. Efectivamente, "tanto quienes dieron los difíciles pasos iniciales teorizando primero las prácticas parlamentarias británicas como los autores contemporáneos...coinciden al señalar que el control parlamentario supone la primera función de toda asamblea legislativa"189.

Esta misma tesis es compartida por Sartori, para quien la motivación y la causa principal de la constitución de los parlamentos no es para hacer leyes continuamente, produciendo una inflación en la esfera de la ley, sino, por el contrario, **para impedir al monarca que hiciera y deshiciera leyes a su arbitrio**, lo que implica una clara función de control190. El sentido originario de todo el edificio constitucional al que todavía hoy nos referimos es el de impedir la arbitrariedad en la creación de la ley y, por lo tanto, por esta vía, llegar concretamente a un estado de derecho en el que los gobernantes estuvieran sometidos a las leyes191. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el Congreso, antes que enfrentarse, negociar y limitar el poder del Ejecutivo, tiende a convertirse muchas veces en un socio, en un competidor de este último, optando por lo más fácil, aquello que no lo lleve a lidiar y hacer frente al gobierno. Entonces relaja su función de control, que en verdad desde la perspectiva de la mayoría parlamentaria es de autocontrol, y se avoca a producir normas legislativas en forma indiscriminada de contenido administrativo y ejecutivo al igual que lo hace el Poder Ejecutivo. Es más, se mide la eficacia del trabajo parlamentario en términos cuantitativos solamente, en relación con la mayor cantidad de proyectos de ley presentados o aprobados, importando poco la calidad y la consistencia de estos.

Sartori resume este problema en cinco puntos. La diferencia entre los orígenes del Parlamento y la versión actual de este: a) cuando los parlamentarios asumieron la competencia legislativa, se entendía por ley una cosa totalmente distinta de la que se entiende hoy; b) la facultad de crear leyes no equivalía de hecho a la facultad de *crear*

---

187.- *Ibídem.*

188.- *Ibídem.*

189.- Gibert. *op. cit.*, pág. 18.

190.- Sartori, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*, FCE, Madrid, 1996, págs. 194-195.

191.- *Ibídem.*

*derecho*; c) incluso concibiendo de un modo limitado a la *lex*, los parlamentos no se convirtieron en cuerpos legislativos para hacer leyes continuamente, produciendo una inflación en la esfera de la ley, sino, por el contrario, **para impedir al monarca que hiciera y deshiciera leyes a su arbitrio**; d) el sentido originario de todo el edificio constitucional al que todavía hoy nos referimos es el de impedir la arbitrariedad en la creación de la ley; e) y, por lo tanto, por esta vía, llegar concretamente a un estado de derecho en el que los gobernantes estuvieran sometidos a las leyes. Si estas eran las intenciones, hoy los hechos son, por el contrario a) la ley ha absorbido todas las demás fuentes del proceso de creación del derecho; b) por lo tanto, los parlamentos se sienten investidos de la tarea de "crear derecho"; c) nuestros parlamentos **no frenan, sino que por el contrario producen una inflación en la legislación**; d) la afirmación de una concepción voluntarista del derecho --implícita en la promiscuidad entre legislar y gobernar-- vuelve a reinsertar un elemento peculiar de arbitrio en el proceso legislativo; e) y por lo general, el gobierno de la ley ha sido sustituido por la realidad bien distinta del gobierno de los legisladores<sup>192</sup>.

Este mismo autor señala que el "El Estado de Derecho no es el Estado que crea a su albedrío un nuevo derecho, sino un Estado en el que el ejercicio del poder está limitado por vínculos jurídicos precisos"<sup>193</sup>. Cuando los decretos de urgencia se comienzan a expedir en cantidades elevadas y desmesuradas, se vacía de contenido *concreto el Estado de Derecho*, porque la creación descontrolada de las leyes está devaluando el concepto y el valor de las leyes. Aunque se continúe invocando el gobierno de la ley, es cierto que nos estamos aproximado cada vez más al punto en el que se tiene simplemente un gobierno de los hombres en nombre de la ley. Esta situación llega a tal punto, que cuando los gobernantes pueden hacer y deshacer todas las leyes que desean, la protección de la ley ya no existe, diluyéndose los vínculos jurídicos.

Como ya vimos, el control es una de las funciones que se encuentran en la génesis de la construcción de la institución parlamentaria. Sin embargo, ha experimentado un proceso de transformación a lo largo de toda la historia, que lo ha llevado asumir otras funciones de las que antes carecía. Según Sartori, el parlamento no se convierte en un cuerpo legislativo para resolver el derecho en su legislación, sino más bien para sustraer el derecho a las intromisiones legislativas del monarca: por tanto, no para hacer leyes, sino para impedir que el rey las hiciera a su discreción y a su antojo. En tal sentido, el poder legislativo del parlamento nace como un "control político" sobre aquel "componente político" del sistema legal que estaba constituida por la facultad del soberano para emanar normas vinculantes erga omnes, derogando el

---

192.- Giovanni Sartori, Elementos de Teoría Política, FCE, Madrid, 1996, págs. 194-195.

193.- *Ibíd.*



principio sobre el que se fundamenta un derecho consuetudinario, de producción judicial<sup>194</sup>.

Según el mencionado autor, no debemos ser desviados por el principio de la "omnipotencia del parlamento" es decir, no debemos referir este principio a la idea de una discrecionalidad y voracidad legislativa del parlamento dicho sea de paso, muy de moda en nuestros días. Para este autor, la omnipotencia del Parlamento era atrapar al rey en el Parlamento. Con este principio no se entendía que el Parlamento inglés estuviera investido del deber y del poder de hacer cualquier cosa legislando a su arbitrio, sino más bien se deseaba que el soberano no hiciese nada fuera del parlamento<sup>195</sup>.

---

194.- Sartori: op. cit., p. 193.

195.- Sartori: op. cit., p. 193. Un estudio interesante de la evolución del control parlamentario en los últimos doscientos años lo podemos encontrar en Javier García Fernández: La función del control del Parlamento sobre el gobierno, En: Revista de las Cortes Generales N° 31°, 1er Cuatrimestre, 1994, págs. 33-34. Por otro lado, el profesor español García Fernández señala hasta tres momentos históricos más o menos definidos, por los que ha pasado la noción de control parlamentario hasta llegar a la concepción de nuestros días, desde una perspectiva de los regímenes parlamentaristas. Una 1° Etapa (1875-1918) estaría caracterizada por el reconocimiento práctico y teórico del control de las Cámaras (o al menos de la Cámara Baja electiva) sobre el gobierno. Es una práctica desarrollada, recogida en los Reglamentos de las mismas y teorizada doctrinalmente en el período que va desde 1875 (y a veces antes) hasta 1918. Una 2° etapa (1918-1945), estaría marcada por la ruptura de esta noción de control parlamentario. Tiene dos fases, que en este texto es denominada segunda y tercera fase. Esta segunda etapa según nuestro autor, se percibe sobre todo en sede constitucional, ya que son las nuevas Constituciones elaboradas tras la caída de los tres Imperios (Alemania, Austro-Hungaro y Ruso) las que llevan al Derecho positivo la noción de responsabilidad expresa del Gobierno ante el Parlamento (Alemania, Austria, Checoslovaquia, Polonia). El tema no significa una alteración del Parlamentarismo hasta entonces vigente, si no su perfeccionamiento, pues, no consistía más que en recoger en artículos de la Constitución lo que ya ocurría en algunos países, de tal modo que lo que era antes político se convirtió después en proceso jurídico. Según su autor, desde una perspectiva teórica, este nuevo modelo fue algo más que la racionalización del modelo existente. Se vio con ello la aparición de un nuevo modelo de relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, en donde el primero ponía el acento en el equilibrio y el segundo en la coincidencia. Una 3° Etapa (1945-¿?), Sobreviene con los procesos constituyentes de la segunda guerra mundial, a partir de 1945. Según este autor, el recuerdo de las dictaduras de los años treinta acabó reforzando la posición central del Parlamento en el conjunto del sistema político, de tal modo que éste, tanto en la práctica como en sede doctrinal, rebasó las tradicionales funciones legislativas, presupuestarias y de control para adquirir un notable protagonismo en otros campos, el principal de los cuales es el que los autores italianos denominan *indirizzo*. En realidad *indirizzo* no ha sido aceptada con unanimidad por la doctrina, sobre todo fuera de Italia, pero es muy expresiva de las nuevas funciones de los Parlamentos en donde viene a predominar la dirección y el impulso de la acción política. Algún autor ha señalado que algunos de los procedimientos de orientación o impulso políticos

Como se puede advertir entonces, el control del Gobierno por parte del Congreso, constituye una función que aparece en el acta de nacimiento de la misma institución parlamentaria. Una función, que por su ubicación e importancia, difícilmente puede ser plenamente reemplazada por otro órgano.

### 3.2.- Fundamentos del Control Parlamentario

El fundamento del control parlamentario lo constituye la titularidad de la representación nacional por parte del parlamento, titularidad que lo convierte en el representante del poder soberano, fuente originaria del poder, y a su vez convierte al parlamento en uno de los principales instrumentos del soberano. Las asambleas representativas constituyen el instrumento político del principio de la soberanía popular. De este papel nace para el Parlamento el derecho y el deber de intervenir, si bien en formas diferentes, en todas las etapas del proceso político.

En efecto, uno de los presupuestos o premisas esenciales del concepto de control parlamentario es "...la residencia de la soberanía en el pueblo, único titular del poder, que, ante la imposibilidad práctica, de la instauración de la democracia directa, es ejercido por los representantes designados mediante elecciones periódicas y libres para formar parte, a su vez, de un órgano representativo de la voluntad nacional"<sup>196</sup>. Como consecuencia de la función de representación, el Congreso tendrá la responsabilidad de velar porque se respete la voluntad popular, esto es, **"...dado que los elegidos por el pueblo encarnan su voluntad, deben de vigilar la dirección escogida por la política del Estado a fin de mantenerla en la línea de lo que corresponde a lo querido por la colectividad nacional"**<sup>197</sup>.

Como señala Jorge Melo, "la doctrina del control parlamentario descansa sobre el principio del mandato representativo. Es de destacar el rol que juega la representación como portadora de la soberanía del pueblo y de allí su nexo con el

---

sirven para contrastar la validez y la permanencia del apoyo que da la mayoría al gobierno, lo cual plantea algunos problemas jurídicos por el posible solapamiento conceptual de la vieja función de control con las nuevas, sobre las que nos detendremos más adelante. En cualquier caso, las consecuencias de una y otra etapa evolutiva son una juridificación sumamente intensa de las funciones de los Parlamentos y una paralela formalización de los procedimientos e instrumentos puestos al servicio de tales funciones. Y esta formalización y juridificación de las funciones parlamentarias inciden en la propia función de control que se formaliza y juridifica en paralelo".

196.- Montero Gibert, *op. cit.*, pág. 19.

197.- *Ibíd.*

control parlamentario"198. Es preciso en consecuencia, partir del principio base, que la soberanía reside en el pueblo y como tal es el único originario del Poder199.

De Esteban y González Trevijano señalarán que el fundamento de la función de control reside en lo que se ha denominado la misión de garantía constitucional del Parlamento, en la medida en que las Cortes Generales representan al pueblo español. Esta naturaleza representativa del poder parlamentario, en cuanto depositario de la soberanía popular, es lo que justifica la función de fiscalización de la acción de gobierno200.

Como la propia doctrina constitucional lo ha señalado, la soberanía del pueblo sólo puede ser expresada a través de la ficción jurídica de la representación. Esta premisa retoma el problema de la democracia en el Estado Nación y la imposibilidad de ejercitar un sistema democrático directo, en donde el mismo pueblo, sin intermediarios sea el que participe en la toma de decisiones201. Como sabemos, esta circunstancia se ha visto superada por los nuevos Estados Constitucionales, en los que si bien se reconoce los postulados democráticos del pueblo soberano, se ha visto obligado a crear una ficción jurídica con la aparición del representante, que es un "mandatario" del electorado y como tal portador de esa soberanía. Es entonces, la democracia representativa la que obliga a que exista una asamblea en la que participen los elegidos por el pueblo soberano que se encarguen de velar por sus intereses, actúen como censores de los gobernantes y cumplan con la defensa de la libertad202.

Existe también un relación entre la función de control y la función de legitimación que de alguna manera cumple el Parlamento. Efectivamente, a medida que existan mayores mecanismos de control, mayor sería el prestigio institucional del

---

198.- Jorge Melo, op. cit., pág. 523.

199.- Como señala Norberto Bobbio, es clara la falta de un sistema alternativo a la del Parlamento representativo. Citado por Gregorio Peces Barba: El papel del Parlamento en la democracia española, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 14. "El control de la acción gubernativa es consecuencia de la representación política ejercida por las Cortes Generales y se configura como una técnica para garantizar que el Gobierno y la Administración mantengan la sintonía con los dictados de la voluntad popular". De la Cruz Ferrer, Juan, El Control parlamentario de la administración en el sistema constitucional americano, I Jornadas de Derecho Parlamentario 21, 22 y 23 de marzo de 1994, volumen II, Consejo de Diputados, Monografías 3, Madrid, 1985, pág. 964.

200.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, Curso de Derecho Constitucional III, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 582.

201.- Jorge Melo, op. cit., pág. 522

202.- Ibidem.

poder estatal, ya que el control supone el funcionamiento cabal de la democracia representativa y la expresión más próxima al consenso popular. La legitimidad no es un elemento de segunda importancia, sino que constituye una condición especial para que la población en su conjunto se pueda reconocer e identificar tanto en el Gobierno como en el Poder Legislativo, a ambos órganos les conviene. Sin legitimidad, sólo nos queda la fuerza desencarnada. En esa línea Loewenstein señalará que, "la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder"<sup>203</sup>.

El profesor Néstor Sagües señala más que fundamentos, razones por las que se debe realizar el control parlamentario. En entre ellas destaca dos que a nuestro juicio convienen reproducirlas en este texto. Nos habla por un lado de un argumento técnico y de un argumento ideológico<sup>204</sup>. En relación con el argumento técnico señala que "(...)no es bueno que ciertos actos presidenciales sean tomados exclusivamente por el Poder Ejecutivo, sin la supervisión del Congreso. Si un Rey aun en los períodos de las monarquías absolutas o del despotismo ilustrado, contaba con un Consejo de Estado o con otros órganos auxiliares de consulta. ¿no es bueno que el Presidente también opere con la asesoramiento del Congreso, en algunas áreas?<sup>205</sup>. Esta idea habría que matizarla, pues la Constitución reparte competencias entre los distintos órganos y poderes del Estado en cuyo ejercicio no es necesario y menos obligatorio consulte con otro. Sin embargo, existe otro campo, de competencias, dentro de las cuales se encuentra la expedición de los decretos de urgencia donde este argumento si es válido y pertinente. Asimismo, el Parlamento como consecuencia de su soberanía legislativa, no tiene otro límite que la propia Constitución y los compromisos que ha asumido en materia internacional y que son oponibles a las leyes internas, entre los que destaca por ejemplo los derechos humanos.

El argumento ideológico por su lado, es una consecuencia de lo que Sagües denomina "legitimismo democrático"<sup>206</sup>. Este argumento está muy relacionado con la titularidad de la representación popular que posee el Poder Legislativo. El enorme poder del Presidente demanda una correlativa cuota de control. Como dice Vanossi, a

---

203.- Citado por Alonso de Antonio, Angel Luis, El control parlamentario de la política exterior en la Constitución de 1978, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 15. Monográfico. Diez Años de Desarrollo Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1989, pág. 35.

204.- Néstor Pedro Sagües. Formas de gobierno: Aproximaciones a una teoría del control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo, CAJ, pág. 66.

205.- Néstor Pedro Sagües. ob. cit., pág. 72.

206.- Ibidem, cit., pág. 66.



mayor poder, mayor control<sup>207</sup>. Y nadie mejor que el Congreso, que se presenta históricamente como el poder más "representativo", atento a su extracción electoral y a la integración pluripartitocrática que tiene, para desempeñar ese papel de control. La democracia, está así "protegida por el control"<sup>208</sup>. Es la "soberanía popular" la que entra, para algunos, en juego dentro de la operación de control: porque esta "en la práctica sirve para afirmar la superioridad de la asambleas sobre el gobierno" de tal modo se dice, "el Congreso es la llave de nuestro gobierno representativo. Es a través de la legislatura que el pueblo tiene el control del gobierno"<sup>209</sup>.

Relacionado con este punto está el punto del equilibrio. Efectivamente, el control es pieza importante para asegurar el equilibrio en el sistema político, ya que si un país adopta el sistema de división de poderes, un presupuesto de esa división es una relativa paridad o equilibrio de ellos que sólo se obtendrá con actos de mutua vigilancia y fiscalización, punto que ya tratamos en el capítulo anterior.

Otro argumento es el que destaca Felipe Seisdedos. Para este autor, sin control no puede existir responsabilidad, específicamente responsabilidad política. Si se quiere un gobierno responsable, hay que vigilarlo<sup>210</sup>. Sin inspección no puede haber responsabilidad, sino impunidad, como bien lo destaca, Felipe Seisdedos, entre otros. La responsabilidad del gobierno no es sino consecuencia de un proceso de control parlamentario previo<sup>211</sup>.

No obstante estos argumentos, no podemos de dejar de reconocer que la importancia de esta función no se reconoce con la misma intensidad por toda la doctrina, ni es por igual valorada y reconocida. Así mientras la doctrina francesa la considera en la actualidad como la función más relevante que desempeñan los Parlamentos modernos, en la doctrina alemana, en cambio, la función de control despierta poco entusiasmo<sup>212</sup>. Como dice Forthoff, la creencia tradicional de que el Parlamento controla la acción del Gobierno se encuentra superada. Según este autor, desde el mismo momento en que los partidos se han adueñado de la vida política, la función de control ha quedado convertida en una función residual desempeñada por la minoría.

---

207.- Citado por Sagües. op. cit., pág. 72.

208.- Ibíd.

209.- Loewenstein Karl. op. cit., pág. 260.

210.- Castorina de Tarquini, María Cecilia. Sistematización de las funciones del Congreso en orden a sus atribuciones. En: Perez Guilhou, Dardo y otros. Atribuciones del Congreso argentino, Buenos Aires. Depalma, 1986, pág. 40 y ss.

211.- Para Javier García Fernández, op. cit., pág. 42, "(...) conceptualmente la responsabilidad no trae causa del control sino más bien la garantía jurídica de que dispone el órgano que otorga la confianza para hacer frente a las disfuncionalidades del control".

212.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, op. cit., pág. 582.

### 3.3. La mayoría parlamentaria como fundamento del control parlamentario

Muy vinculado al último párrafo, un argumento que no podemos dejar de mencionarlo y que merece especial comentario por su creatividad aún cuando no estemos totalmente de acuerdo, es el que formula Antonio Embid Irujo<sup>213</sup>. Para este autor el fundamento del control parlamentario --según el ordenamiento jurídico español-- **es competencia de la mayoría parlamentaria y de alguna manera estaría encaminada a favorecer la estabilidad política**. Este autor, siguiendo al italiano Steffani, señalará que "lo esencial del control reside, en última instancia, en la adopción de propias decisiones", en ese sentido, "el control por naturaleza es responsabilidad de la mayoría parlamentaria, por cuanto en un sistema democrático y por medio de una votación, sólo la mayoría es capaz de alcanzar una propia decisión"<sup>214</sup>.

Embid Irujo posteriormente cita a Steffani cuando señala que, "Quien conduce el control parlamentario a un derecho de oposición o de minoría, lo limita al horizonte de un mero revisor de cuentas o lo aleja de la pretensión determinante de un poder de sanción decisivo. Dicho de otra forma: si limitamos el control parlamentario a una crítica pública, pertenece (el control) inequívocamente a la oposición, a la minoría; si ampliamos el control parlamentario a una capacidad decisoria propia, por definición la tarea de control es de la mayoría parlamentaria"<sup>215</sup>. Esta posición es sumamente interesante y permite quizás completar la imagen que teníamos del control parlamentario, muy desde el lado de la oposición, para poder quizá ver la perspectiva desde el lado de la mayoría parlamentaria estrechamente vinculada con el partido de gobierno.

Sin embargo, la idea no es seguir un péndulo y correr hacia el otro extremo. Me parece necesario que se subraye el papel de la mayoría parlamentaria ligada al gobierno en el control, posición que después de todo tiene la virtud de partir de una base empírica. Creo que ello nos demuestra, las diferentes dimensiones del control parlamentario. Sin embargo, no debemos de olvidar el carácter más dinámico de la oposición, desde el punto de vista de iniciativa, cuando se realiza el control del gobierno y de las limitaciones e inhibiciones de la mayoría cuando se trata de controlar al Gobierno de cuyo partido forma parte. En ese sentido estamos de acuerdo con Steffani cuando señala en forma más integral que "Con la expresión control

---

213.- Embid Irujo, Antonio. El Control Parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria, En: Revista de las Cortes generales, núm. 25, primer cuatrimestre de 1992, págs. 7-30.

214.- *Ibidem*, pág. 11.

215.- *Ibidem*.

parlamentario se designa el proceso parlamentario de examen y determinación del comportamiento de otros (en particular del Gobierno y de la Administración), por inmediata (la mayoría parlamentaria) y/o mediata (oposición) capacidad de sanción..."<sup>216</sup>. Posteriormente veremos como existen mecanismos de responsabilidad política mediatos que pueden ser a la larga muy efectivos desde el punto de vista de la sanción al Gobierno.

Disentimos con Embid Araujo cuando señala que desde la perspectiva de la minoría el control parlamentario sólo se reduciría a una simple actividad de verificación sin capacidad de sanción efectiva, pues si bien se carecerá de los votos necesarios para censurar y castigar al Gobierno, sin embargo, en el marco de lo que la doctrina denomina la "responsabilidad política difusa" (que luego de analizaremos algunas páginas más adelante), existen mecanismos que sobre la base de la crítica pública, "frente" a la opinión pública, pueden desgastar al Gobierno, en atención a los próximos comicios electorales, con el objeto que electorado retire su apoyo y respaldo, no votando por ellos. A eso se refiere Steffani, cuando habla de capacidad de sanción mediata. En efecto, la oposición puede perder una votación y hasta perder en lo inmediato políticamente, pero puede esta oposición ganar políticamente, al desprestigiar y desgastar al gobierno a largo plazo. La otra cara del problema, es decir, la lógica del control de la oposición lo trataremos más adelante.

Asimismo, debemos recordar que el ejercicio de la función representativa -- fundamento de la función de control— por parte del poder parlamentario no se agota con la exclusiva actuación política y jurídica de la mayoría parlamentaria, pues la actividad de representación se extiende a todo el parlamento entendido en su integridad"<sup>217</sup>. Esto significa, que aún cuando la minoría no tenga los votos suficientes para tomar una decisión final, eso no obsta para reconocer el derecho de decir una palabra de cara a la opinión pública sobre un asunto que estime complejo y de trascendental importancia.

Lo importante aquí es llamar la atención sobre el papel de la mayoría parlamentaria al interior del proceso de control parlamentario. Para entender la lógica de la mayoría parlamentaria, no tanto por su conducta exterior, que puede muchas veces "aparecer" como dócil y sumisa al Gobierno, debemos recurrir a la función de dar estabilidad política al Gobierno, desde el Parlamento que le correspondería a la mayoría parlamentaria, ciertamente, en aquellos casos en que la mayoría parlamentaria y el Gobierno, sino pertenecen a la misma agrupación parlamentaria, están estrechamente vinculados, y preferentemente, en sistemas parlamentaristas. Isidro Molas en un posición no muy distante, señalará que la misión básica del Parlamento

---

216.- Steffani, pág. 1328. Citado por Embid Irujo, op. cit., pág. 12.

217.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, op. cit., pág. 530.

actual --es decir, de la mayoría parlamentaria-- es mantener y dar apoyo al gobierno, para permitirle llevar a cabo el programa con el que el partido o coalición se presentó a las elecciones, y para el que fue legitimado por el electorado<sup>218</sup>.

Esta suerte de función y/o principio surgió a la luz de lo que la doctrina denomina el parlamentarismo racionalizado, y se refleja en muchos sistemas parlamentaristas europeos como el español por ejemplo, y tiene como uno de sus principales valores o principios, la *estabilidad gubernamental*<sup>219</sup> como un valor altamente estimable.

### **3.4. El control parlamentario en los regímenes políticos**

La legislación y la doctrina comparada nos enseñan que existe básicamente dos modelos de organizar la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo: El Parlamentarismo y el Presidencialismo, sobre los cuales surgirán toda una serie de combinaciones y matices según como se integren los diferentes elementos e instituciones de cada uno de estos modelos.

Aún cuando en la realidad es poco usual la existencia de regímenes puros sobre todo los de corte presidencialistas, conviene distinguir y diferenciar los matices y las especiales características que el control parlamentario adopta en cada uno de estos sistemas. Piénsese en los regímenes presidencialistas donde a diferencia de los regímenes parlamentaristas, no existe mecanismos de sanción directa al Gobierno como consecuencia de la separación rígida de poderes<sup>220</sup>.

#### **3.4.1. El control parlamentario en los regímenes parlamentaristas**

Buena parte de la doctrina constitucional sobre el control parlamentario, ha sido desarrollada por autores que pertenecen a estados que se encuentran dentro de regímenes parlamentarios. Como luego advertiremos, no obstante que, en un primer momento nos parezcan sistemas que ofrecen perspectivas de control distintos, en el fondo tienen elementos en común, desde la perspectiva del control parlamentario y la confianza entre el Parlamento y el Gobierno, incluso, más allá de su formalización jurídica.

---

218.- Isidro Molas, *op. cit.*, pág. 35..

219.- *Ibíd.*

220.- Una explicación clara y didáctica que compartimos es la que plantea Pedro Planas. Para este autor, la característica del esquema parlamentario sería la integración de poderes y la del esquema presidencial sería la de la separación de poderes. Pedro Planas y Domingo García Belaúnde, "La Constitución Traicionada. Páginas de historia reciente", Seglusa Editores, Lima, 1993, pág. 193 y ss.



Como señala con lucidez Rubio Llorente, la división de poderes no puede establecerse así como en los sistemas presidencialistas, sobre el supuesto de la igualdad y coordinación entre éstos poderes, sino a partir de una relación de supra y subordinación, en la que la supremacía corresponde a la asamblea representativa, al Parlamento cuya voluntad no sólo es necesaria para la formación de la ley, sino indispensable también para la investidura y mantenimiento del Gobierno, obligado a dejar su función cuando las Cámaras le retiran su confianza"<sup>221</sup>.

La necesidad de contar con la confianza parlamentaria para mantenerse en el poder somete a los Gobiernos al control del Parlamento que puede ser entendido así, como el procedimiento o conjunto de procedimientos que la representación popular emplea para verificar si la acción del Gobierno se acomoda o no a su criterio y exigir, en caso de que el examen resulte negativo, la responsabilidad del Gobierno o, lo que es lo mismo, imponer su cese"<sup>222</sup>.

#### 3.4.1.1. La "noción de confianza" como fundamento del control parlamentario en el sistema parlamentarista

La relación de confianza que el Congreso deposita en el Gobierno, constituye la base para plantear y comprender el control parlamentario en los regímenes parlamentaristas. El constitucionalismo contemporáneo ha sustituido la separación rígida de poderes, por el concepto de interdependencia funcional de los órganos que comparten la unidad del poder del Estado. Según Marcial Rubio, esta interdependencia se basa por un lado en la delimitación orgánica de actividades que a cada cual le corresponde, la misma que no es absoluta por cuando hay campos legislativos, políticos, administrativos, en los que la responsabilidad es compartida de lo cual los decretos de urgencia son una muestra. Por otro lado, la interdependencia se basa en la existencia de controles mutuos que ponen un dique a la independencia funcional de cada órgano<sup>223</sup>.

Sobre esta interdependencia funcional surge la noción de confianza. El sistema parlamentario se define por la existencia de dos órganos constitucionales, es decir, por dos órganos cuya existencia y principales funciones están fijadas en la Constitución y tienen atribuidas funciones propias, pero en donde el titular de uno de los órganos (El Gobierno) **necesita la confianza** del otro órgano para acceder y permanecer en el cargo, lo que determina que la acción del órgano Gobierno deba desplegarse bien en esferas de colaboración con el Parlamento, bien, si existe

---

221.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 249.

222.- Ibidem, pág. 250.

223.- Marcial Rubio, Constitución y Sociedad Política, Mesa Redonda Editores, Lima, 1988, pág. 410.

constitucionalmente esa colaboración interorgánica, conforme a la orientación política explícita o implícita del Parlamento<sup>224</sup>. Como sostiene García Fernández, lo característico del sistema parlamentario es que se fundamenta en la colaboración de dos órganos constitucionales<sup>225</sup>.

El siguiente punto entonces, consiste en escudriñar acerca de la naturaleza jurídica de esta relación --que García Fernández<sup>226</sup> llama-- de colaboración. Para este autor esta relación tiene varios supuestos: a) Tenemos en primer lugar la existencia de legitimación popular directa de uno de los órganos, el Parlamento en virtud del principio democrático; b) Luego el principio democrático a su vez, no es sólo un postulado político e ideológico sino que despliega efectos jurídicos al trascender del sujeto constituido de acuerdo con ese principio, el Parlamento, y crear una relación jurídica específica; c) Posteriormente dicha relación jurídica se forma al atribuir a otro sujeto, el Gobierno, una legitimación democrática que permite que tal órgano, a través de la confianza que ha recibido su titular (el Presidente del Gobierno) despliegue su acción de gobierno<sup>227</sup>; y, finalmente d) la relación jurídica que atribuye capacidad de acción y legitimidad al Gobierno no se agota al recibir la confianza expresada en la investidura sino que se prolonga a través de la acción de recreación o mantenimiento de la confianza hasta que está concluya bien por razones objetivas (conclusión del período de vida del órgano parlamentario que otorgó la confianza) bien por razones subjetivas (retirada de la confianza en el titular del órgano que ha recibido la confianza). El mencionado autor agrega que esta acción de instauración y mantenimiento de la confianza conlleva implícitamente la responsabilidad y supone la posibilidad de imputar a un sujeto (el titular del órgano) determinados hechos negativos que provocarían su cese en el cargo. Es decir, la responsabilidad constituye una cualidad específica del sujeto que ha recibido la confianza y que recibe, al tiempo que esta última, el sentido concreto o alcance de la confianza que le ha otorgado el otro órgano<sup>228</sup>.

Al decir de García Fernández, el elemento jurídico nuclear de la relación Parlamento - Gobierno en el sistema parlamentario es la **noción de confianza**, que es la trama que mantiene unido y coherente el sistema lo que explica que la estructura de esa relación esté formada por cuatro elementos. En primer lugar, el elemento subjetivo. Interviene en esta relación un sujeto activo que otorga la confianza (el órgano Parlamento) y un sujeto Pasivo que la recibe (el titular de la Presidencia del Gobierno o los titulares del Consejo de Ministros, según los ordenamientos

---

224.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 40.

225.- *Ibidem*.

226.- *Ibidem*.

227.- *Ibidem*.

228.- *Ibidem*.

constitucionales); Un segundo elemento es el objetivo. El objeto es la confianza, es decir, la habilitación para realizar la acción de gobierno; Tenemos también un tercer elemento que sería el teleológico. Realizar la acción de Gobierno que, en virtud del principio democrático, no es una acción neutra políticamente sino concretamente aquella que deriva del contenido del acuerdo político soldado entre uno y otro sujeto y que determina que el primero le confiera la confianza al segundo<sup>229</sup>.

Finalmente, lo que a nosotros nos interesa para efectos del presente trabajo es el cuarto y último elemento, el elemento instrumental. Aquí se encuentra el punto donde la noción de confianza se da la mano con la noción de control parlamentario. Así en palabras de García Fernández, **el instrumento para mantener la relación fiduciaria, la relación de confianza entre el Parlamento y el gobierno es el control**<sup>230</sup>.

### 3.4.2. El control parlamentario en los regímenes presidencialista

Aparentemente, sin la presencia de la noción de confianza no existe control parlamentario. La pregunta inmediata es, dónde apoyar, o desde donde construir el concepto de control parlamentario de los decretos de urgencia en sistemas presidenciales o de naturaleza mixta donde el gobierno no brota del Parlamento, y este último, carece de instrumentos necesarios para sancionar y castigar al Gobierno. Una conclusión quizá apresurada parecía sugerirnos que no existe control parlamentario en los regímenes presidenciales como consecuencia de la separación rígida. Intentaremos demostrar que esto no es así.

La primera característica de los sistemas presidenciales es que la relación entre el gobierno y el Parlamento, está regida por los principios de coordinación y de igualdad. En los regímenes presidenciales que surgieron en América, en donde todos los poderes constituidos proceden de la elección popular y desempeñan, en principio, funciones materialmente distintas, la relación entre ellos no puede plantearse en función de superioridad e inferioridad, supremacía y subordinación tal como sucede en los regímenes parlamentarios, sino de coordinación e igualdad. Cada órgano, cada poder, debe respetar exquisitamente la función propia de los demás, aunque hay ciertas tareas que requieren la colaboración entre Legislativo y Ejecutivo. El fraccionamiento de las tareas estatales en cometidos asignados a distintos órganos, de una parte, y de la otra, la necesaria colaboración de éstos en la adopción de determinadas decisiones, asegura la limitación de cada uno de los centros de poder"<sup>231</sup>.

---

229.- *Ibidem*.

230.- *Ibidem*.

231.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, págs. 246-247.

En efecto, si partimos en el caso de los regímenes presidenciales, del supuesto de la separación e independencia de los poderes, debemos concluir en que esta labor crítica no puede conducir en ningún caso al derrocamiento del Gobierno y rara vez concluye con una expresión de voluntad orgánica (a través de una moción de censura). Para Rubio Llorente No cabe así calificar de labor de control, si se entiende que el control implica, siempre y necesariamente, una relación de supremacía entre el órgano controlante y el controlado, o la existencia de una regla de conducta a la que el órgano controlado haya de acomodar su actuación so pena de invalidez, como es el caso en el control jurídico que antes estudiamos"<sup>232</sup>. Sin embargo, esto no es problema para plantear el control parlamentario en los sistemas presidenciales, "en los que la crítica del Ejecutivo que el Congreso lleva a cabo puede expresarse, esquemáticamente, como un contraste entre el criterio de aquél, expresado en sus declaraciones o en sus realizaciones, y el criterio del Congreso. Es cierto que de este contraste no se sigue inmediatamente decisión alguna que ponga en peligro el mandato del Ejecutivo, o lo vincule (salvo que la decisión revista forma de ley) a la adopción de determinadas medidas"<sup>233</sup>. Sin embargo, existe una serie de sanciones muchas veces no jurídicas ni institucionalizadas de cierta eficacia que la doctrina denomina *responsabilidad política difusa*.

No cabe duda, sin embargo, de que las consecuencias mediatas pueden ser de enorme trascendencia, no sólo porque la resistencia o el desprecio frente al criterio del Ejecutivo puede inducir al Congreso a utilizar los medios irresistibles de que dispone el Congreso para imponer su voluntad (La Ley de Presupuesto), sino sobretodo (y esto es, a mi juicio lo decisivo en una democracia sentada en partidos fuertemente organizados y disciplinados) porque la crítica pública en el seno del Congreso es un emplazamiento ante el electorado, una apelación al pueblo, cuya voluntad soberana, ha de resolver, en favor de uno u otro, el contraste entre los dos criterios<sup>234</sup>. Así en consecuencia, --siguiendo a Rubio Llorente-- nos parece lícitamente siempre y en todo caso hablar de un control del Ejecutivo por el Congreso en los sistemas presidenciales, bien sea porque el Congreso (en el supuesto de que éste esté dominado por el partido que ocupa el Ejecutivo o de que tal partido no tenga la disciplina necesaria para imponer su criterio a todos sus representantes), aunque no pueda derrocar al Ejecutivo, dispone siempre de medios para imponerle su voluntad, bien sea porque es el órgano a través del cual pueden los distintos grupos políticos denunciar de modo continuo ante el electorado los errores que el Ejecutivo comete, para apartarla la voluntad popular del partido o partidos que lo ocupan"<sup>235</sup>. Estas tesis son válidas,

---

232.- *Ibidem*.

233.- *Ibidem*.

234.- *Ibidem*

235.- *Ibidem*, pág. 248.



incluso para aquellas Parlamentos controlados por el Poder Ejecutivo, en cuyo caso, será la oposición la encargada de cuestionar y socavar el apoyo popular y electoral al Gobierno. La motivación o la finalidad central del control político será someter a la voluntad del pueblo la acción del gobierno<sup>236</sup>. Esto supone entonces hacer de la voluntad popular como parámetro de control político del Congreso.

Finalmente no debemos olvidar que, la relación entre órgano controlante (Congreso) y controlado (Ejecutivo) no es de superioridad de aquel sobre éste, pero la finalidad del control sí es la de someter la actuación del órgano controlado a la decisión de una voluntad popular, la del pueblo, a la que quienes ejercen el control atribuyen (o proponen) como contenido, el de su propia voluntad.

#### 3.4.2.1. La noción de "responsabilidad política difusa" y la "relación de confianza atenuada" como fundamentos del Control Parlamentario en el sistema presidencialista

El control parlamentario sobre el Gobierno en aquellos sistemas presidencialistas puede desarrollarse sobre la base de dos principios o nociones, la "responsabilidad política difusa" y la "relación de confianza atenuada".

Existen como vimos dos tipos de responsabilidad, una más institucionalizada que puede expresarse a través de una censura por ejemplo, y una responsabilidad más difusa que no es desarrollada necesariamente por canales jurídicos. La responsabilidad política difusa es propia de todo sistema pluralista democrático que, al margen de su específica forma de gobierno, incluya entre sus rasgos definitorios los de la protección de la libertad de expresión y la designación de sus gobernantes mediante elecciones libres, periódicas y competitivas<sup>237</sup>. La responsabilidad política difusa adopta mecanismos de funcionamiento tan amplios como indeterminados, hasta tal punto de que podría detectarse su presencia activa o pasiva en gran parte de los conflictos políticos que se producen en cualquier nivel del sistema político<sup>238</sup>.

De acuerdo con un sector de la doctrina italiana, la responsabilidad política difusa consiste en la sujeción, conscientemente aceptada, de quienes pretenden conseguir el poder político a aquellos hechos que tienden a un equilibrio desfavorable de dicha pretensión, según los modos históricos de formación del equilibrio político y según los mecanismos institucionales por los que se desarrolla el conflicto político. Es claro entonces, que los sujetos activos de la responsabilidad política difusa serán, todos cuantos tengan capacidad para incidir en la determinación de ese equilibrio político desfavorable para quienes tratan de conseguir el poder político, los cuales

---

236.- *Ibidem*.

237.- Montero Gibert. El control parlamentario, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 127.

238.- *Ibidem*.

constituyen a la vez los sujetos pasivos<sup>239</sup>. Según Montero Gibert, "No existe procedimiento establecido alguno para llegar a aquel resultado, utilizándose los que contribuyen a él directa o indirectamente, ni tampoco se prevé un catalogo de requisitos necesarios, sino que uno y otros dependerán de la oportunidad política, libremente apreciada por el sujeto, y, eventualmente, de las limitaciones jurídicas implícitas en los instrumentos o mecanismos que se utilicen. Por la misma razón, tampoco resulta posible predecir los efectos o conocer de antemano las consecuencias que se deriven de la acción de los sujetos"<sup>240</sup>.

La noción de responsabilidad difusa fue formulada por Giuseppe Ugo Rescigno<sup>241</sup> y es llamada por otros "responsabilidad política en sentido lato"<sup>242</sup>. Para referido autor, al lado de una responsabilidad política institucional existe otra de naturaleza difusa caracterizada por la existencia de mecanismos institucionales que, a partir de la libertad de crítica de los ciudadanos, transforman los equilibrios políticos y pueden determinar incluso la remoción extraparlamentaria de los gobernantes<sup>243</sup>. Para Joaquín García Murillo, la responsabilidad política difusa consistirá en la "convicción generalizada de que el mantenimiento en el cargo sólo generará perjuicios para la organización a la que pertenece la persona cuestionada"<sup>244</sup>. Concurren aquí varios elementos: la crítica política, la existencia de muy diversos mecanismos para remover a quienes ocupan cargos políticos y la convicción de que la crítica persistente puede variar la relación de fuerzas. De ahí nace la sujeción a todos aquellos hechos, que configuran un equilibrio político desfavorable para ellos, con las consecuencias que esta situación derivan<sup>245</sup>.

Lo importante acá entonces es que, en la responsabilidad política difusa, "al contrario que en la institucional, todo es como el propio nombre lo indica, difuso: ante quien se es responsable, cuándo y de qué es algo que depende, fundamentalmente, de la intensidad de la crítica pública, de quien --los propios o ajenos--- la ejerza y de qué consecuencias puedan seguirse en caso de ignorarla<sup>246</sup>.

---

239.- *Ibíd.*

240.- *Ibíd.*

241.- Citado por García Fernández, *op. cit.*, pág. 50.

242.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 50.

243.- *Ibíd.*, págs. 50-51.

244.- García Morillo, La responsabilidad política, Claves de razón Práctica, núm. 45, septiembre, 1994, págs. 35-44.

245.- Giuseppe Ugo Rescigno. La responsabilidad política, Giuffrè, Milán, 1967. citado por García Morillo, La responsabilidad ..., pág. 35.

246.- García Morillo. *op. cit.*, pág. 36.

A diferencia de la responsabilidad concreta, inmediata, hay sin duda alguna, una "responsabilidad política difusa"<sup>247</sup>, una posibilidad de debilitamiento político del Gobierno producido por las reacciones políticas y sociales que se derivan de los actos de las Cámaras. Como señala Manuel Aragón, la fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras, más que en derrocar al Gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral.

Para García Fernández, esta responsabilidad difusa carece de toda dimensión jurídica y que trae causa más bien de la acción de la opinión pública y de la complejidad de las relaciones inter e intra partidistas. Pero si trasladamos este tema al mundo del Derecho, veremos que si bien no falta la eventual sanción, esta sin duda alejada de la relación jurídica que une al controlador y al controlado, y falta también el parámetro que mide la ruptura de la confianza entre ambos órganos. Como señala García Fernández, es un elemento de cierta importancia en el ámbito político pero jurídicamente irrelevante<sup>248</sup>.

El otro principio o eje del control parlamentario de los decretos de urgencia lo constituye la existencia de una cierta relación de **confianza atenuada** entre el gobierno y el Parlamento, relación que si bien no encuentra cauce jurídico específico para desarrollarse, si se vale de otros medios, incluso jurídicos. Esto puede verificarse, en consonancia con la naturaleza polivalente de los instrumentos de control parlamentario.

Este concepto es propuesto por el español García Fernández. Para dicho autor, si revisamos las constituciones de aquellos estados de régimen presidencialista, como por ejemplo Estados Unidos y México, advertiremos que, si bien los respectivos parlamentos no disponen de instrumentos de concesión de la confianza o de denegación de la misma, el principio de separación de poderes en el presidencialismo no es, ya desde sus orígenes, tan rígido como para impedir la creación de una relación fiduciaria, de una relación de confianza atenuada a cuyo servicio está la función de control<sup>249</sup>.

Este control es de naturaleza política y forma jurídica porque si bien no desembocan de ordinario en la responsabilidad, su eficacia es plena y puede incidir de manera real en la acción política de la Presidencia de la República, que puede ver

---

247.- Rescigno. La responsabilidad política, Giuffrè, Edit. Milán, 1967, págs. 113 y ss. Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 166.

248.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 51.

249.- *Ibidem*, pág. 52.

rechazados por ejemplo ciertos nombramientos y ciertas iniciativas presupuestarias decisivas e indispensables para el desarrollo de su plan de gobierno y el ejercicio de su función ejecutiva. En esa línea, Berlín Valenzuela señala que dado que la permanencia del ejecutivo no depende del parlamento en los regímenes presidenciales, los mecanismos de control son distintos, que pueden ir desde obstaculizar al ejecutivo en algunos de sus programas o propuestas, que deben pasar el examen parlamentario para su aprobación o rechazo, hasta cortar los fondos requeridos para llevar adelante sus políticas de gobierno, con lo cual evitan su realización<sup>250</sup>.

En efecto, ante determinadas acciones y hechos realizados por el Poder Ejecutivo, el Congreso puede no sólo estar en desacuerdo, sino en abierta oposición, situación que motivará que el Parlamento pierda una cierta relación confianza en el Gobierno y le quite su respaldo. Esta pérdida de apoyo podría eventualmente traducirse, dependiendo de la gravedad de la discrepancia, en una obstaculización y rechazo a las iniciativas del Ejecutivo, o simplemente dejar de secundarlas, presionando de esta manera al Gobierno con el objeto que se rectifique, situación que podría devenir en el retroceso del Gobierno en la medida adoptada, o en una negociación y pacto con este de naturaleza más política. Quizá la mejor arma con que cuenta el Parlamento sea su facultad de aprobar la ley de Presupuesto, junto con los nombramientos a propuesta del propio Poder Ejecutivo.

### 3.5. Contenido doctrinal del concepto de control parlamentario

Según un trabajo de un autor de nombre Steffani citado en un texto de derecho parlamentario dirigido por Schneider y Zeh, habría hasta seis formas distintas de usar la palabra control en las relaciones Gobierno - Parlamento. Según el autor mencionado, bajo esa palabra, control, se comprendería distintas interrelaciones entre Gobierno y Parlamento como las siguientes<sup>251</sup>. Tenemos en primer lugar como 1) Examen posterior por el Parlamento de las acciones del gobierno y de los órganos administrativos a él subordinados; 2) como vigilancia, por parte del Parlamento, que acompaña a la acción del Gobierno y de los órganos administrativos a él subordinados; 3) Lo anterior, vigilancia, más la competencia del Parlamento de adoptar decisiones vinculantes; 4) Competencia del Parlamento de obligar al Gobierno y a la Administración a dar cuenta públicamente de sus actos. A esa competencia se uniría la propia competencia parlamentaria de emitir dictámenes y de influir sobre terceros que pueden acabar con el Gobierno (por medio de elecciones); 5) Competencia del

---

250.- Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 140.

251.- El libro de H.P. Scheneider y W. Zeh lleva como título *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, ed. De Gruyter, Berlín, Nueva York, 1989, 1924. El Trabajo de Steffani lleva como título "Formen Verfahren und Wirkungen der parlamentarischen Kontrolle" y se encuentra en las páginas 1325 y sgts. Citado por Antonio Embid Irujo, op. cit., págs. 10-11.



Parlamento de obligar al Gobierno y a la Administración a dar cuenta pública de sus actos. Esa competencia estaría vinculada con la capacidad de emitir dictámenes y de revocar a los miembros del Gobierno; y finalmente, 6) Lo inverso: posibilidad, como tarea del Gobierno, de conducir políticamente al Parlamento cuando tenga mayoría en el marco de sus competencias<sup>252</sup>.

Estas seis formas de control constituyen en nuestro criterio, dimensiones o aspectos de la actividad del control, como partes o características que van dibujando en conjunto la actividad de control en específico del Parlamento, a diferencia de las definiciones en general que planteábamos en general en el capítulo anterior. No olvidemos que estamos ante una actividad que si bien tiene una pluralidad de significados, tiene un sentido único, cual es "hacer efectivo de la limitación del poder" . En el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia, todos estos elementos están presentes de alguna u otra manera.

### 3.6. Aproximaciones al concepto de control parlamentario

El profesor Montero Gibert ha llamado la atención sobre la carencia de rigor técnico y de precisión terminológica del concepto de control. Así, su característica principal estaría en la pluralidad de significaciones en el lenguaje ordinario y la diversidad de sentidos en los distintos sectores del ordenamiento jurídico<sup>253</sup>. Esta percepción es compartida en parte por Manuel Aragón cuando señala que para la teoría de la Constitución, el fenómeno del control (como después veremos) escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos<sup>254</sup>. Dicha imprecisión aumenta cuando se agrega al concepto de control, el adjetivo de parlamentario.

Siguiendo al profesor Morillo Gibert, podríamos definir al control parlamentario como **un examen de la actividad del órgano controlado, confrontándola con los parámetros establecidos, del que podría derivarse eventualmente, consecuencias que supongan una sanción para el órgano controlado**<sup>255</sup>. Existe todo un debate en torno a la inclusión del elemento sancionatorio en la definición del control parlamentario, dividiéndose en dos la doctrina. Sin embargo, en lo que ambos sectores si coinciden es en señalar que el control parlamentario **requiere la producción de la actividad controlada y su comparación con el parámetro, esto es, la norma o principio al que debería adecuarse**.

---

252.- *Ibíd.*

253.- Morillo Gibert, *op. cit.*, pág. 22.

254.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 68.

255.- Morillo Gibert, *op. cit.*, pág. 27.

Los elementos comunes a todas las acepciones de control parlamentario son, en primer lugar el de la dualidad de sujetos y en segundo término, aunque de manera más oscura, el de la existencia de una regla de actuación (que en la acepción que identifica el control con el dominio o señorío de un sujeto sobre otro puede no ser otra cosa que el libre criterio del dominante) con la que puede ser contrastada la actuación sometida a control<sup>256</sup>.

Sin embargo, en la doctrina no habrá consenso sobre la posibilidad de insertar en la definición del concepto de control parlamentario la sanción como consecuencia de la falta de identidad entre el parámetro y la actividad objeto del control, como veremos a continuación.

Es por ello que es central, a la hora de aproximarnos al concepto de control parlamentario, la discusión en torno a la necesidad de incluir la sanción en el control parlamentario. Sobre este punto, unos sostendrán que como el control jurídico comprende siempre la sanción (cuando el resultado es negativo para el objeto controlado) no son medios de control parlamentario las preguntas, interpelaciones y mociones que no vinculan jurídicamente con efectos sancionatorios al Gobierno. Sólo la moción de censura, la cuestión de confianza, el control de los decretos leyes y el ejercitado a través de la autorizaciones preceptivas, etc. son institutos de control parlamentario, puesto que en ellos el resultado negativo lleva aparejada, automáticamente, la sanción<sup>257</sup>.

### 3.6.1. El control como un instrumento para aplicar la responsabilidad y la sanción

Junto con el profesor Galeotti, una gran parte de la doctrina incorpora a la estructura de control la necesidad de una medida punitiva. Tenemos así que Giannini considera que el controlante se debe pronunciar sobre la actividad del controlado, "si se realiza una actividad disconforme, sancionándole, o si ha cumplido con los parámetros previstos, aprobando su actuación"<sup>258</sup>. Galeotti deduce la peculiaridad de este mecanismo como un poder que actúa en dos fases: una primera de carácter valorativo (juicio) sobre los hechos controlados; y una segunda fase, en caso de que la valoración fuere desfavorable, de aplicación de una medida desfavorable, de aplicación de una medida punitiva a la situación irregular que se está esgrimiendo, siempre teniendo presente la salvaguardia de los principios tutelados<sup>259</sup>.

---

256.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 243.

257.- Fernando Santaolalla, *Derecho Parlamentario...*, pág. 199.

258.- Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 516.

259.- *Ibidem*.

Esta posición es compartida por Fernando Santaolalla, para quien el control "constituye una actividad que un sujeto (el controlante) ejerce sobre todo (controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger, actividad que puede consistir en la verificación de si se han respetado los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias o correctivas en caso contrario"<sup>260</sup>.

Para estos autores, el control sería una parte de los procedimientos que utiliza el Parlamento para aplicar la responsabilidad política del gobierno siendo indisoluble el instituto de la sanción, que sería subsiguiente al del control, cuando no se ven como un *continuum*. Esta concepción acierta tanto en conectar el control con la responsabilidad como en destacar que aquel ha de tener como trasfondo el instituto de la sanción aún cuando ésta no se haga efectiva<sup>261</sup>.

La crítica que se hace contra esta concepción tiene una base empírica, y es que en primer lugar excluye la noción de control en aquellos ordenamientos en donde hay separación rígida de poderes y el Ejecutivo no emerge legitimado por la confianza parlamentaria (y aún dentro del sistema parlamentario lo excluiría de aquellas Cámaras de Parlamentos bicamerales que no tienen atribuidas funciones de investidura y censura), y, en segundo lugar, que serían difícilmente encuadrables en la función de control instrumentos tradicionales del Derecho parlamentario que se utilizan para la información, pero que no llevan adherida una sanción (como son las preguntas)<sup>262</sup>. Efectivamente, si el control jurídico incluye la sanción, entonces quedaría extraordinariamente reducida la eficacia del control parlamentario, dado que en él impera el principio de mayoría y ello hace extraordinariamente difícil que el Gobierno sea derrotado. En consecuencia, y como no se abdicó en esta postura de considerar al control parlamentario como control jurídico, la solución que se encuentra para salvar el reproche de la ineficacia es acogerse a una distinta definición de control jurídico, mediante el cual se disocia totalmente el control de la sanción.

### 3.6.2. Teoría del control como sólo comprobación y verificación

---

260.- Fernando Santaolalla, Derecho Parlamentario Español..., pág. 199.

261.- Mario Galizia, op. cit., págs. 287-331; Andrea Manzella, op. cit., págs. 348-354; Fernando Santaolalla, Derecho Parlamentario español, Espasa Calpe, Madrid, 1990, 2ª edición, págs. 239-245; Jordi Solé Tura y Miguel Angel Aparicio, Las Cortes Generales en el sistema constitucional, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 207-208; citado por Javier García Fernández, op. cit., pág. 39.

262.- Así por ejemplo, Fernando Santaolalla (op. cit. pág. 397-399) rechaza las preguntas, las interpelaciones y las Comisiones de investigaciones sean medios para la función de control.

No todos comparten con Galeotti, que el control parlamentario supone medidas sancionatorias. Otros sectores importantes de la doctrina se muestran reacios a aceptar el concepto de control que lleve incorporado un desarrollo de medidas sancionatorias. Esta corriente doctrinal se inclina a considerar que "la estructura del control contiene la existencia de un principio o parámetro al que se debe respetar y dirigir la actividad controlada; este parámetro sirve como patrón de referencia del control. Vale resaltar, sobre todo, el aporte de Ferrari a esta corriente doctrinal;. Para él, control significa "verificación", rendición de cuentas, "comprobación", etc. Incide en el carácter instrumental del control y la necesidad del parámetro que articule la actuación del sujeto pasivo<sup>263</sup>. Ferrari entiende fundamentalmente que se debe "juzgar sobre la fidelidad de la copia respecto al modelo<sup>264</sup>. Otro autor italiano, Chimenti, insiste en esta línea de pensamiento, recalcando el objeto de verificar el comportamiento, como función esencial del control, sin consecuencias sancionatorias; pues consiste en una actividad no vinculante, que sólo puede provocar simple presión política"<sup>265</sup>.

Esta corriente es más moderna y desde cierto punto innovadora, pues se concibe al control como un elemento constitutivo de la función de garantía constitucional que correspondía al Parlamento, ejercitando un procedimiento tanto de verificación de la actividad gubernamental como de eventual responsabilidad<sup>266</sup>. La innovación aquí está en que "control y exigencia de responsabilidad son elemento diferentes, bien que complementarios, de un mismo mecanismo, destinado a garantizar unos bienes constitucionalmente tutelados"<sup>267</sup>, que no es otro que la "garantía constitucional".

Chimenti<sup>268</sup> limita el control a la mera actividad de contraste o comprobación, eliminando totalmente el llamado "efecto conminatorio", tesis que no hace más que recoger las ideas de Zanobini sobre el control aceptadas por algún sector de la doctrina administrativa italiana (especialmente Ferrari y Forti). Esta tesis de control fue acogida en España por García Morillo<sup>269</sup>.

---

263.- Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 517.

264.- *Ibidem*.

265.- *Ibidem*.

266.- García Fernández, *op. cit.*, pps. 38-39.

267.- García Morillo y Montero Gibert. *op. cit.*, págs. 35 y 36.

268.- Chimenti. *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè Editoré , Milán, 1974. Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 78.

269.- García Morillo, *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Editora del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 48-54. Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 79.



No muy lejos de esta posición se encuentra en España Sanchez Agesta. Este fue uno de los primeros tratadistas en deslindar posiciones entre control y responsabilidad al estudiar la problemática del Gobierno. Para este autor "El control es poder de inspección, de acción indirecta, de deliberación y advertencia, de rectificación y moderación"... "Quien controla no decide, solamente influye directa o indirectamente en la decisión de otro órgano"<sup>270</sup>.

No obstante, quienes quizás realiza la más sólida y consistente diferenciación entre el control y la garantía es Montero Gibert y García Morillo. Estos autores consideran "que existe una confusión entre los conceptos de control y garantía que ha llevado a error a muchos autores, ya que un concepto está comprendido en el otro. Según su argumentación, la garantía se compone de un primer procedimiento articulado a fin de posibilitar la comprobación del cumplimiento de las normas o principios que debiera regir dicho comportamiento, y de un segundo elemento que esta compuesto por las futuras medidas a tomar en caso de un comportamiento inadecuado, que impidan la prosecución y sancionen lo ya actuado. Como vemos, el primer elemento diferenciador es lo que se conoce como "control" y el segundo es el elemento sancionador. García Morillo hace una severa crítica a la teoría de Galeotti, al que acusa de contradicción, y con ella a la gran mayoría de investigadores que lo apoyan, fundamentándose en la confusión respecto a la garantía que luego es llevada al campo penal y constitucional<sup>271</sup>".

Montero Gibert defiende esta posición a partir de la suerte que puede correr una moción de censura. Para este autor, la noción de control que quiere abarcar a la verificación y a su sanción eventual, haciendo incluso hincapié en esta última, **desplaza el centro de gravedad del control hacia lo que no es sino una posible consecuencia, pero no el control mismo**. Ello implicaría, la calificación de la eficacia de las sanciones, o más aún, la exclusión del abanico de los medios de control a todos los instrumentos jurídicos que no prevean la posibilidad de que el controlante sancione al controlado<sup>272</sup>. Como el mismo autor agrega, dichos inconvenientes desaparecen cuando se diferencia el control y la sanción como elementos distintos, aún cuando interrelacionados en la garantía jurídica. En esa misma línea, otra crítica a los que sostienen la identificación mantenida entre el control parlamentario y la exigencia de responsabilidad política al Gobierno, hasta llegar a su remoción, consistiría en aquellos regímenes presidencialistas o semipresidencialista, cuyos legislativos por la propia naturaleza de un sistema basado en la división de poderes, no puede exigir la responsabilidad política de los gobiernos como ya señalamos. Según esta teoría,

---

270.- *Ibíd.*, pág. 518.

271.- *Ibíd.*

272.- Morillo Gibert, *op. cit.*, págs. 26 y 27.

¿habría entonces que negar como inexistente la actividad de control que se efectúa sobre sus órganos ejecutivos?

Frente a quienes sostienen que el control jurídico es un fenómeno complejo integrado por dos momentos diferentes (primero la determinación de si la actividad controlada se adecua o no a los cánones con arreglo a los cuales debería desenvolverse, es decir, a lo que suele conocer como el parámetro, y, segundo y sobre todo, la aprobación en su caso de una medida sancionatoria), García Morillo y Montero Gibert se inclinan por erradicar la sanción en cuanto elemento constitutivo del control y por incluir un mecanismo más amplio, el de la *garantía jurídica*<sup>273</sup>.

Consideramos que no le falta razón a Morillo Gibert cuando hace estas distinciones. El hecho de que no exista un alto número de mociones de censura *aprobadas* no quiere decir que no exista control parlamentario. La significación decreciente de las mociones de censura ha sido determinada por un dato de naturaleza diferente a la del control parlamentario y en cualquier caso decisivo para la configuración del parlamentarismo contemporáneo: las estrechas relaciones existentes entre el Gobierno y el partido o coalición de partidos que ostentan la mayoría parlamentaria; relaciones que, como era de temerse, dificultan extraordinariamente la aprobación de mociones de censura por esa misma mayoría parlamentaria, y, en consecuencia, por el Parlamento contra el Gobierno<sup>274</sup>.

### 3.6.3. Crítica de la teoría de la disociación entre control y sanción de M. Gibert y García Morillo

---

273.- *Ibíd.*, pág. 26.

274.- Morillo Gibert, *op. cit.*, pág. 31. En esa misma línea, Morillo Gibert señala también la diferencia entre control parlamentario y la remoción del gobierno. Para este autor, debemos distinguir distintos objetos, sujetos, estructuras y efectos que caracterizan y diferencian al control parlamentario de la remoción del gobierno. El objeto del control parlamentario es la actividad del Ejecutivo, mientras que la remoción del Gobierno consiste en la comprobación de la relación fiduciaria que liga al Parlamento con el Gobierno. El control tiene por sujetos pasivos a un considerable número de funcionarios que dependen del Ministerio correspondiente, además de a este mismo y al Gobierno, pero la remoción sólo afecta a los miembros del gobierno, y, en los sistemas de responsabilidad política solidaria a todo el gobierno en su conjunto. Finalmente, las finalidades de ambos son diferentes, si el de la puesta en práctica de la responsabilidad política trata de extinguir la relación fiduciaria que ligaba al Parlamento con el Gobierno, el de control es el de la verificación si la actuación gubernamental se corresponde con el parámetro establecido, para estar así en condiciones de determinar posteriormente si procede mantener, o disolver, aquella relación fiduciaria. Morillo Gibert. pág. 32.

El problema con estos autores es que en su teoría buscan también hacer frente a las críticas acerca de la ineficacia del control parlamentario, excluyendo el elemento punitivo. Así una vez privado del momento sancionatorio, el control parlamentario aparece gozando buen salud. Aragón cuestiona esta posición, señalando que así, desaparece del control parlamentario lo que constituye, precisamente, su máximo instrumento: la remoción del Gobierno<sup>275</sup>. La teoría del control parlamentario ha de tener en cuenta, por supuesto, la dificultad práctica que muchas veces existe para la utilización de dicho instrumento, pero eso es una cosa y otra amputar, simplemente, del control su resultado; con ello, no éste, sino todos los instrumentos de control se quedan huérfanos de significación.

El profesor Rubio Llorente ha criticado también a García Morillo y Montero Gibert<sup>276</sup>, por disociar la sanción del concepto de control, o de presentarlo como irrelevante. Según este autor, estos autores acuden al expediente de disociar los procedimientos de control de los de "exigencia de la responsabilidad", de tal modo que aquel no se vería ni poco ni muy afectado por el hecho de que la relación real que hoy media entre Gobierno y Parlamento se presente como una inversión total de la teóricamente postulada. Una consecuencia inevitable de este error de planteamiento es la de que de los cinco Capítulos que tiene la obra<sup>277</sup>, tres están consagrados a temas que, de acuerdo con la propia definición de los autores, son ajenos al control<sup>278</sup>.

*"En cuanto que tal contraste parece orientado hacia la corrección de la actividad controlada, es claro que de él debe seguirse alguna consecuencia, pero la necesaria existencia de ésta es ya resultado de una presunción, psicológica o sociológica, no del análisis semántico del término, que ni la incluye, ni, al menos aún, arroja indicio alguno sobre su posible naturaleza"*<sup>279</sup>.

Desde una perspectiva no muy distinta, Santaolalla a criticado también a estos dos autores. Para este autor, García Morillo y Montero Gibert tienen una confusión

---

275.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 163.

276.- García Morillo y Montero Gibert. El control parlamentario, Tecnos, Madrid, 1984. Citado por Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 255.

277.- J.R. Montero Gibert y J. García Morillo, El Control Parlamentario. Tecnos, 1984, Madrid.

278.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 255.

279.- *Ibidem*. A diferencia de lo señalado por Rubio Llorente, Fernando Santaolalla señala como características del control parlamentario la confrontación o juicio de una determinada acción, y la medida sancionatoria. Ver, Fernando Santaolalla: La función de control y la ciencia del derecho constitucional, en: *Revista de las Cortes Generales* N° 12, Tercer cuatrimestre, 1987, págs. 219-241.

entre dos conceptos diferentes: el de control y el de garantía, "A su modo de ver, el control se agota en la pura actividad de comprobación o examen, lo que supondría dejarlo reducido al primer momento de los dos que nosotros hemos defendido; en cambio, la garantía sería una realidad más amplia, que englobaría al control así entendido seguido de la adopción de una medida sancionatoria, que eventualmente consistiría en exigir responsabilidad política al Gobierno. La sanción se excluiría así del control, para, en su lugar incluirla en esta función más amplia --y comprensiva de la primera-- que sería la de la garantía constitucional"280.

Para Santaolalla, una de las justificaciones que aportan Montero Gibert y García Morillo para este cambio terminológico es la inconveniencia que, según ellos, supondría la utilización de la voz control en el sentido bimembre. Recuerdan que la Real Academia admite dos acepciones para este sustantivo (intervención o inspección, por un lado, y dominio o mando, por otro), de las cuales sólo la segunda podría armonizar con nuestra explicación, al tolerar una disposición correctora, pero no así la primera, que alude a una actividad de mera revisión o comprobación. Siempre según estos autores, debe preferirse esta última significación, pues, aún siendo un galicismo, resulta más cercana a nuestro universo cultural latino que la anterior, de origen anglosajón281.

Otro de los puntos débiles de lo formulado por Montero Gibert y García Morillo es que, tras haber afirmado que la sanción es el segundo elemento o fase de la función de garantía constitucional, se nos dice que es contingente, en el sentido de que existir o no, con lo cual habría casos en que la función de garantía se limitaría al puro acto de control, sin sanción. Con ello se llega a definir una función con un elemento constitutivo que luego resulta no ser tal, pues puede presentarse o no, metiendo en la definición un factor que por su eventualidad no goza de poder definitorio. Lo cual, por supuesto, no tiene nada que ver con el signo que deba tener la sanción para el sujeto controlado, pues, como advirtieron los propios autores, la misma puede consistir tanto en una aceptación como es un rechazo de la actividad enjuiciada"282. Santaolalla se queja, señalando que no puede comprender como más adelante se acabe incluyendo en la definición de control su capacidad para "producir consecuencias diversas y entre ellas la exigencia de responsabilidad" y "una influencia variable sobre el comportamiento del sujeto controlado". Se produce así lo que habíamos denunciado en la introducción: se parte de una concreta y rigurosa premisa metodológica que luego resulta olvidada"283.

---

280.- Fernando Santaolalla: La función de control y la ciencia del derecho constitucional, en: Revista de las Cortes Generales Nº 12, Tercer cuatrimestre, 1987, pág. 223.

281.- *Ibidem*.

282.- *Ibidem*, pág. 224.

283.- Fernando Santaolalla: La función de control..., pág. 224.



Finalmente Santaolalla les cuestiona a Montero Gibert y a García Morillo, a propósito del control de los decretos de urgencia, que le sorprendía que "tras haber excluido del concepto de control la nota de la sanción, se acaben estudiando como manifestación suyas determinadas decisiones que encierran esta consecuencia. Así, la convalidación de los Decretos Leyes por el Congreso de los Diputados implica, según el artículo 86.2 de la Constitución, que la Cámara se pronuncie sobre su convalidación o derogación, por lo que hay una medida obstativa o punitiva que excede la pura revisión o comprobación de una acción previa...Pero lo que no cabe duda desde una perspectiva formal, constitucional si se quiere, es que ambas decisiones encierran toda su potencialidad sobre la conservación o rechazo de una disposición de urgencia desbordando la pura labor de comprobación o inspección. A la vista de ello, nos parece difícil incluir ambas manifestaciones es una función de control que no lleve aparejada esta facultad sancionatoria"<sup>284</sup>.

Las tesis, de García Morillo y Montero Gibert han sido duramente cuestionadas también por García Fernández<sup>285</sup> por el lado de las imprecisiones del concepto de garantía constitucional. Para este autor, el problema con esta teoría es que no obstante que el esfuerzo conceptual es sin duda meritoria, su punto de partida es quizá un tanto forzado, pues la función de garantía constitucional, por su amplitud, sería predicable de cualquier órgano constitucional por lo que no parece que sea una función específicamente parlamentaria<sup>286</sup>.

Estos autores agregan que es necesario plantearse un concepto de control que sea capaz de insertarse en la naturaleza específica del sistema parlamentario aún sin cerrarse a su eventual recepción por parte de los sistemas presidencialistas (en los que no se puede negar la existencia de algún tipo de control del Legislativo sobre el Ejecutivo) y ello, sin excluir la dimensión de control que poseen otras funciones parlamentarias como son la legislación y la dirección política. Todo ello sin olvidar, como bien ha expresado Manuel Aragón<sup>287</sup>, que el control parlamentario es un fenómeno de naturaleza política, susceptible de análisis jurídico como cualquier otra realidad material, pero con eficacia política.

La crítica de Aragón a estas tesis es consistente. Este autor sostiene que está de acuerdo con Santaolalla de que el control jurídico no es la mera constatación o el mero examen, sino que de el forma parte (inseparable) la reparación y sanción. Basado

---

284.- *Ibidem*.

285.- García Fernández, *op. cit.*, pp. 39.

286.- *Ibidem*.

287.- Manuel Aragón. El control parlamentario como control político, Revista de Derecho Político, núm. 23, primavera, 1986, págs. 9-39. En contra Fernando Santaolalla. La función de control....." págs. 228-238.

en ello, discrepa con las posiciones de García Morillo que limitan el control jurídico a la mera constatación. No es posible pensar un control jurídico sin el momento conminatorio<sup>288</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que es impreciso señalar tal como lo hace García Morillo y Montero Gibert, que en regímenes presidenciales no existe sanción contra el Ejecutivo de ningún tipo. En la doctrina se ha trabajado básicamente dos conceptos, la "responsabilidad política difusa" y la "confianza atenuada", y como vimos constituyen una suerte de sanción contra el Gobierno que no está necesariamente institucionalizado o juridificada ni se realiza en forma inmediata sino mediata. Incluso en el mismo sistema presidencial se separación rígida, el Parlamento puede obstaculizar o negarse a aprobar determinadas leyes en represalia o sanción contra el Ejecutivo.

#### 3.6.4.- La racionalidad del control parlamentario: Del control "del" Congreso al control "en" el Congreso

Existe un aspecto que es muy bien resaltado por Manuel Aragón, que destaca la naturaleza pública y la racionalidad de la actuación del Congreso, como foro de discusión abierto, siempre público que tiene como destinatario final a la opinión pública. Este aspecto está muy vinculado al concepto de responsabilidad política difusa antes desarrollado. Lo interesante de esta perspectiva es que **incorpora a la opinión pública, a la sociedad en el proceso de control parlamentario** cosa que no ocurre en el caso del control jurídico. Es la denominada doble condición del control parlamentario: el control "por" el Parlamento y control "en" el Parlamento.

La función de hacer público un determinado hecho, de llamar la actuación sobre un determinado problema es el campo propicio del Parlamento. Sobre el particular, en sus "Consideraciones Sobre el gobierno Representativo" John S. Mill plantea que aún cuando una asamblea está "radicalmente impreparada" para gobernar, su oficio, su función auténtica, sería la de "vigilar y controlar al gobierno", **enfocar la luz de la publicidad sobre sus actos**, obligar a una plena exposición y justificación; censurarlos; o, si los hombres que componen al gobierno abusan de la confianza, expulsarlos del cargo nombrándoles sucesores<sup>289</sup>. Si se quiere el Congreso es el gran escenario, donde todos los espectadores tienen puesta la mirada atenta, lo demás está oscuro o en total desconocimiento de la opinión pública.

Así, la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización gubernamental no tiene por objeto sólo el obtener una decisión "conminatoria" de la Cámara, sino

---

288.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 161.

289.- Jorge Melo, op. cit., pág. 523.

también (y cada vez más) el influir en la opinión pública de tal manera, que en tales supuestos el Parlamento es el *locus*, es el lugar de donde parte el control, pero la sociedad es el *locus* al que se dirige, puesto que es allí donde pueden operar sus efectos<sup>290</sup>. El control parlamentario puede manifestarse a través de decisiones de la Cámara que son siempre, inevitablemente, decisiones de la mayoría, porque así se forma la voluntad del Parlamento --sino dejaría de ser democrático--; pero también el control puede manifestarse a través de actuaciones de los parlamentario o de los grupos que no expresan la voluntad de la Cámara, pero cuya capacidad de fiscalización sobre el gobierno no cabe negar, bien porque pueden debilitarlo o hacerlo rectificar, bien porque pueden incidir en el control social o en el control político electoral. Y esta labor de fiscalización del Gobierno, realizada no por la mayoría sino por la minoría y la oposición, es indudablemente, un modo de control parlamentario gracias a la publicidad y al debate que acompañan o deben acompañar (sin su existencia no habría, sencillamente, Parlamento) a los trabajos de la Cámara. Aquí pues no hay control "por" el Parlamento (que sólo puede ejercitar la mayoría y que hoy por razones conocidas, a las que antes se aludió y no hace falta de repetir, es o puede ser relativamente ineficaz), pero si control "en" el Parlamento; control que no realiza la mayoría sino, exactamente, la oposición<sup>291</sup>.

Aragón cita a un autor de nombre Stein. Este último, al plantearse la necesidad y las dificultades del control parlamentario, manifestará con agudeza que el requisito de la independencia entre controlante y controlado no se da hoy en las relaciones del Parlamento con el Gobierno, debido a que aquél está dominado por los partidos mayoritarios que sostienen a éste<sup>292</sup>. De ahí, dice Stein que el Parlamento no pueda "controlar en sentido propio al Gobierno. A lo sumo sería autocrítica de los partidos gubernamentales"<sup>293</sup>. Sin embargo, sigue exponiendo Stein, el control parlamentario no desaparece por ello, sino que opera en la medida en que se encomiende no a los propios titulares del poder, sino "a personas que no participen en el ejercicio del poder. Para ello existe la oposición. Precisamente, el hecho de que aspire a conseguir el poder, permite suponer que tratará cuidadosamente de descubrir cualquier falta en aquellos a los cuales quiere desplazar. Esta es la razón por la que la mayoría de los medios de control, tanto en la Ley Fundamental como en el Reglamento del Bundestag, se configuran como derechos de las minorías que pueden ser ejercitados incluso contra la voluntad de los partidos gubernamentales"<sup>294</sup>. Esta realidad motivará que un autor como Manuel Aragón señale que lo más importante es la necesidad de tener

---

290.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 171.

291.- *Ibidem*, pág. 171.

292.- Stein, Ekkehart. Derecho Político, Edic. Española, Madrid, 1973, págs. 71-77.

Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 171.

293.- *Ibidem*.

294.- *Ibidem*.

en cuenta que, junto a la clásica contraposición Gobierno-Parlamento, hoy no puede olvidarse la nueva contraposición Gobierno-Oposición<sup>295</sup>.

Ciertamente, el control "en" el Parlamento no sustituye al control "por" el Parlamento, pero hace del control una actividad de cotidiano ejercicio por la Cámaras. De alguna manera a eso se refería Stein cuando decía que la atribución de los derechos de control a las minorías parlamentarias constituye una de las exigencias de nuestro tiempo<sup>296</sup>. Estimamos que esta perspectiva le devuelve a la institución parlamentaria un poco del sentido y de la eficacia que estaba perdiendo, como consecuencia del control del Parlamento que el gobierno hace a través de su mayoría. Esta perspectiva y todas las consecuencias que de allí se derivan del control "en" el Congreso, se pierde para el caso no sólo de los decretos de urgencia, sino cuando se adopta el silencio legislativo positivo, es decir, cuando se reputa el silencio del Congreso como manifestación explícita de aprobación del decreto de urgencia. En el primero porque el debate se realiza de espaldas a la opinión pública y la sociedad en su conjunto, y en el segundo caso porque simplemente no existe ni se realiza una revisión y un debate público, abierto y transparente.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que, esta noción de control "en" el Congreso, incorpora o crea las condiciones para la participación de la gente en el control parlamentario sobre el Gobierno. El control deja de ser un asunto de exclusiva competencia del Gobierno y el Parlamento, para convertirse en un proceso donde con las limitaciones antes explicadas, la opinión del electorado cuenta y es en última instancia el que decide. En esa misma línea, el profesor Melo sostiene que, detrás de las funciones de verificación e inspección presentes en la actividad de control, control también implica un nivel de participación en aquello que se pretende verificar y controlar<sup>297</sup>.

---

295.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 173.

296.- *Ibidem*, págs. 173-174.

297.- Según Melo Vega, "más allá del sentido que acuerde la Real Academia Española existe una connotación abundante para el término una vez llevado al ejercicio político. El control significa en unos casos, con un alcance limitado, verificación o inspección de la actividad que el Gobierno realiza; por lo tanto es un verdadero poder de autorizar o impedir, o si se quiere, de aprobar o vetar un acto de Gobierno. Una vez que se ha interiorizado en el concepto y las repercusiones que tiene para la teoría política, como consecuencia de los poderes de verificación o veto, con independencia de estas funciones, control quiere decir participación en la actividad que realiza". Melo Vega, Jorge. *Control Parlamentario*. En: La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco de Eguiguren Praeli, Cultural Cuzco S.A., 1987, pág. 515. Una participación que si se quiere constituye el reverso del principio de colaboración entre órganos constitucionales o poderes del Estado.



Una conclusión importante es entonces la necesidad de asegurar la publicidad de los debates y la cercanía y participación de la opinión pública en los mismos, sea invitando a diferentes representantes de organizaciones y gremios a las Comisiones Parlamentarias ordinarias para que expresen su opinión, como la realización de audiencias públicas descentralizadas a nivel nacional, experiencia que se viene implementando en el Congreso actual.

A nivel de propuesta legislativa, y en consonancia con la función de "publicación" del Parlamento en ejercicio de la función de control, y con esta perspectiva del control "en" el Congreso, se debería dar plena cobertura en los medios de comunicación tan igual como se hace con las leyes aprobadas en el Congreso, al contenido de los debates y los diferentes dictámenes que se evacuaron en el proceso de control parlamentario de los decretos de urgencia. En ese sentido, se debería publicar en el diario Oficial "El Peruano", el informe realizado por la "Subcomisión", así como el dictamen que la comisión de Constitución ha evacuado en caso de solicitar al Pleno del Congreso su derogación, junto con un resumen de las distintas intervenciones de los diferentes grupos parlamentarios en el debate y votación del decreto de urgencia derogado.

### 3.6.5. La prensa, la transparencia y el control del poder político

Muy ligado al tema del control "en" el Congreso, realizado por la oposición parlamentaria, se halla el tema de la prensa como elemento indispensable y como requisito del control parlamentario. En efecto, dentro del tema de la condiciones de un efectivo control parlamentario, merece una especial mención el tema del papel de los medios de comunicación, por su importancia dentro del proceso de comunicación entre el Parlamento y la opinión pública y la sociedad en su conjunto.

Es preciso sostener que el control y la fiscalización del ejercicio del poder, y en concreto de la actuación del Estado, no es sólo tarea de la oposición política (fuera y dentro del Congreso), del ciudadano y de la sociedad en su conjunto, es también tarea de los medios de comunicación. Los medios de comunicación se han constituido en el principal vehículo para que se verifique la publicidad y la transparencia no sólo de los hechos sociales sino de la actuación del Estado. La prensa de esa manera constituye un gran informador en el contexto de las macro sociedades contemporáneas y el intermediador entre el Estado y la gestión pública, y la sociedad civil en su conjunto. Y desde esa perspectiva, constituye por decirlo de alguna manera en el gran socio o intermediario de la oposición y del propio Congreso, en su tarea de control parlamentario del Gobierno.

La relación entre difusión de la información, conocimiento social de los hechos y control del poder es hoy día uno de los elementos decisivos del sistema democrático.

El poder de la información, sobre todo la de carácter masivo, tiene dos manifestaciones: una particular y otra social. Esto se comprende más fácilmente si se analiza desde la perspectiva del sujeto receptor y el emisor. La manifestación particular del poder radica en el hecho de que, entre más información tenga un individuo, tendrá más posibilidades de elegir bien y de orientar adecuadamente sus acciones, especialmente a la hora de efectuarse los comicios electorales. La expresión social del poder informativo está en la difusión que adquiere la palabra impresa o transmitida a las masas<sup>298</sup>

El acceso de los receptores a los productos del medio requiere de un amplio e irrestricto repertorio de mensajes para la selección libre por parte del lector, los monopolios de la información uniforman los mensajes y bloquean esa libertad<sup>299</sup>. Dentro del esquema de la democracia representativa, las funciones contraloras de la sociedad resultarían imposibles sin la existencia de un intermediario que posibilite la información sobre los hechos determinantes para el ejercicio del poder. Este intermediario --el medio de comunicación moderno-- se ha ido haciendo más importante e imprescindible conforme la sociedad contemporánea es más compleja y los componentes del poder dependen, cada día más, de un intrincado y casi invisible sistema de relaciones económicas tecnológicas y de ámbitos en la toma de decisiones<sup>300</sup>.

Norberto Bobbio se ha referido a este crucial problema al considerar la indeseada pero definitiva gravitación actual de lo que se llama el *poder invisible*, como uno de los principales males dentro del seno del estado democrático contemporáneo<sup>301</sup>. En relación con las fuerzas ocultas, que nacen de la entraña misma de las democracias modernas y amenazan con deformarlas: la invisibilidad, la ideología como ocultación y la privatización de lo público, Bobbio señala que es "indudable que la publicidad es uno de los caracteres relevantes del Estado democrático, que es precisamente el Estado en el cual deberían disponerse todos los medios para hacer, efectivamente, que las acciones de quien detenta el poder sean controladas por el público, que sean en una palabra "visibles". El Estado democrático es el Estado donde

---

298.- María Stella Fernandez, El Periodista frente a los Poderes Públicos como Fiscal, San José, 1987, pág. 91.

299.- Modesto Saavedra Lopez, La libertad de expresión en el estado de derecho, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, p. 275.

300.- Jaime Ordoñez, Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político. Una aproximación teórica, En: Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, pág. 31.

301.- Texto de Norberto Bobbio, Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política. Breviarios, FCE, pág. 34. Sin embargo, se encuentra más desarrollado en el texto del mismo autor "El Futuro de la Democracia", Plaza & Editores SA, Barcelona, 1985, págs. 105 y ss.

la opinión pública debería tener un peso decisivo para la formación y el control de las decisiones políticas. El político democrático es uno que habla en público y al público y, por tanto, debe ser visible en cada instante"302. En ese sentido, es inconcebible que actos públicos, tales como por ejemplo la expedición de los decretos de urgencia (que son normas con rango de ley), que van a obligar a todo el conjunto de la sociedad, se realicen de espaldas a la sociedad, a los actores económicos y sociales involucrados. Consideramos que es un contrasentido con la naturaleza pública de política --de la cosa pública-- que el gasto de los recursos públicos sea realizado de espaldas a la opinión pública, sin el menor control, que la gestión pública se realice de espaldas a la mirada atenta de la opinión pública.

La tendencia de la invisibilidad del poder y sus consecuencias son crecientes, toda vez que el ciudadano común tiene cada día menos acceso a los procesos y las mecánicas de la ocultación que, como se percibe, pueden ser volitivas o no, conscientes o inconscientes, por parte del sistema político303. En ese contexto, el papel del medio de comunicación contemporáneo --generalmente conformado por altos sistemas de búsqueda de datos, periodistas e investigadores especializados en diferentes disciplinas, redes de datos e información estrechamente relacionados con las oficinas políticas y técnicas del Estado-- constituyen prácticamente la única vía de acceso de los ciudadanos a la información y la forma en que se manifiesta el poder. A la prensa contemporánea le toca ejercer una actividad de fiscalización *prima facie* sobre la labor política, tanto de los gobiernos como de las estructuras de poder. Esta fiscalización tiene un objetivo básicamente mediatizador, esto es, de **trasladar la información a la sociedad para que sea esta la que juzgue y controle a los gobernantes**. De esta manera, se estará cumpliendo uno de los requisitos esenciales del sistema de la democracia representativa304. Sin esta labor de la prensa se hace sumamente difícil la existencia de una responsabilidad política difusa antes explicada. Para concluir esta parte debemos señalar que, el control y el acceso a la información por parte de la sociedad es el mejor mecanismo para ejercer un mejor control del poder. Toda vez que la complejidad del fenómeno del poder contemporáneo y del factor de invisibilidad anteriormente referido, así como las formas de control no son en todo caso recíproco. Como Bobbio305 ha sostenido, "a medida que aumenta la capacidad del Estado para controlar a los ciudadanos debería aumentar la capacidad

---

302.- Norberto Bobbio y otros, Crisis de la democracia y la lección de los clásicos. Editorial Ariel, Barcelona, pág. 20.

303.- Franklyn S. Haiman, *Speech and Law in a Free Society*, University Chicago Press, 1981, pág. 48-54, citado por Jaime Ordoñez, op. cit., pág. 32..

304.- Carlos Chamorro, El Sistema Político y el Rol de la Prensa en la Futura Situación de la Región, En: Seminario Periodismo, Derecho Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica, IIDH, San José, 29 de abril de 1993, págs. 129-131.

305.- Norberto Bobbio, Op. cit., pág. 24.

de los ciudadanos para controlar al Estado. Pero este crecimiento paralelo está muy lejos de verificarse.

### 3.6.5.1. La necesidad de una prensa independiente y con voluntad de controlar al poder político

Muy vinculado a la necesidad de información, tenemos la necesidad de una prensa independiente y con voluntad de velar por la transparencia de la gestión pública. Es casi imposible la realización del control parlamentario sin la colaboración de una prensa acuciosa por dos razones. Primero, porque los medios de comunicación constituyen una suerte de vehículos o de portadores a través de los cuales, los diferentes actores políticos de la oposición y de la minoría pueden llegar a la opinión pública para exponer sus puntos de vista alternativos al gobierno.

Por otro lado, en sí mismo, la prensa ejerce un nivel de control sobre el gobierno, incluso, prescindiendo de la oposición. Efectivamente, el control y la fiscalización del ejercicio del poder, y en concreto de la actuación del Estado, no es sólo tarea de la oposición política fuera y dentro del Congreso y del ciudadano y de la sociedad en su conjunto, es también tarea de los medios de comunicación. Los medios de comunicación se han constituido en el principal vehículo para que se verifique la publicidad y la transparencia no sólo de los hechos sociales sino de la actuación del Estado, la prensa de esa manera constituye un gran informador en el contexto de las sociedades contemporáneas.

### 3.6.5.2. La libertad de expresión

No puede existir control parlamentario sin una verdadera libertad de expresión. Si es que sostenemos el papel clave de la prensa en el control parlamentario, entonces, todo aquellos que disminuya o apunte a controlar o silenciar a los medios de comunicación, están encaminados a disminuir las posibilidades del control parlamentario.

### 3.6.5.3. La información como condición para ejercer la función de control Parlamentario

Finalmente, el ejercicio de la función de control parlamentario requiere de información acerca de la acción del gobierno, información que por lo general no siempre es de fácil acceso. Sucede a menudo, que cuando más importante es esta información, más escondida y menos al alcance del ciudadano de la calle está. El propio sentido común nos sugiere que, para controlar y fiscalizar algo, es necesario conocer ese algo con cierta profundidad. Tenemos por ejemplo, información sobre operaciones económicas, donde hay gasto de dinero del tesoro público, en esos contratos que no siempre se llegan a publicar.



Para algunos autores, la función de control en el parlamentarismo democrático es una función fundamentalmente de información. La función de información entonces representa un papel capital a la hora de fiscalizar al gobierno. Dicha función es complementaria de la función de control, y a la vez, es importante relevarla como una dimensión específica de la función.

*"para que la función de control tenga alguna eficacia práctica ante una mayoría parlamentaria gubernamental fuerte y coherente, el Parlamento debe estar dotado de mecanismos eficaces de información, y de técnicos propios e independientes que ayuden a analizarla"*<sup>306</sup>.

*"...los procedimientos verdaderamente eficaces de la función de control, en la vida cotidiana del sistema parlamentario democrático de gobierno, son aquellos que de alguna manera pueden incidir en la actuación del programa de la mayoría parlamentaria-gubernamental, bien porque se convierten en técnicas informativas, que democratizan la información y ponen al alcance de las posibles mayorías de otros momentos la información necesaria para actualizar su programa; bien porque, de alguna manera, devienen técnicas de impulso de la acción política y de gobierno, como son la aprobación de determinadas resoluciones o mociones, o la publicación de los resultados de determinadas encuestas investigaciones"*<sup>307</sup>.

*"...dado el carácter cautelar y último de la moción de censura, parece que la función de control, debe potenciar espacialmente el análisis de los mecanismos y técnicas que facilitan la información. Con ello, por una parte, se democratiza la información, factor esencial en el sistema democrático; por otra, se pone al alcance del conjunto de los ciudadanos, o al menos de los diputados; grupos parlamentarios y partidos políticos, la información necesaria para poder elaborar un programa alternativo al que se está realizando en aquellos momentos"*<sup>308</sup>.

Como señalan los autores españoles De Esteban y González Trevijano, "es tradicional estudiar la función de control conjuntamente con la función de información de las Cámaras, pues ambas, aunque conceptualmente distintas, se hallan

---

306.- Ibídem, págs. 39-40.

307.- Ibídem, págs. 38-39.

308.- Ibídem, págs. 37-38.

estrechamente relacionadas"<sup>309</sup>. Como agregan, "La función de información se presenta como una condición previa y, en la mayoría de los casos, ineludible para el posterior ejercicio de la función de control, que no puede realizarse sin un previo conocimiento de los avances políticos"<sup>310</sup>. La conclusión de todo ello es clara, sin información, las posibilidades de un control eficaz disminuyen substantivamente.

### 3.7. El control que realiza el Congreso es un "control político"

#### 3.7.1. Crítica a las tesis que consideran como control jurídico el control parlamentario

La tesis que considera como control jurídico el control parlamentario, tienen su origen en la doctrina italiana, en autores como Chimenti, Ferrari y Galeotti, y fueron acogidas en España por autores como Fernando de Santaolalla, García Morillo, Montero Gibert, etc.<sup>311</sup>. Esta doctrina esta compuesta básicamente de dos afirmaciones. a) La regulación jurídica del control parlamentario convierte a éste en un control jurídico y, además, b) sólo concebido así puede ser estudiado por el jurista. El problema con estas tesis es su punto de partida. En sus intentos por dotar de naturaleza jurídica al control parlamentario parten del supuesto bastante discutible, considerar que un instituto es jurídico simplemente porque esté regulado por el derecho. Este supuesto está implícito en unos y sumamente explícito en otros autores, conduciéndolos a graves equívocos<sup>312</sup>. Según Aragón, el derecho presta atención a casi todas las actividades humanas y dentro de las políticas casi ninguna se escapa a esa creciente "normativización" que es uno de los caracteres del Estado de nuestro tiempo. Pero ello, sin embargo --y allí es donde acierta Manuel Aragón-- no conduce a la afirmación de que todas las actividades dejen de ser "políticas" para convertirse en "jurídicas"<sup>313</sup>. Como sostiene este autor, lo que significa el proceso de "juridificación de la política" es, exactamente, proceso de regulación jurídica de los fenómenos políticos, **pero no proceso de supresión del carácter político de tales fenómenos**. De lo contrario podría confundirse no sólo lo político con la ausencia de reglas, o lo político con lo no institucionalizado, cosa que, sin duda alguna, no sería correcto, sino sobre todo, lo jurídico con los positivistas<sup>314</sup>.

---

309.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, op. cit., pág. 583.

310.- Ibíd.

311.- Santaolalla, Derecho Parlamentario español, Madrid, 1984, y también El Parlamento y sus instrumentos, Madrid, 1982; García Morillo, El Control Parlamentario del gobierno en el ordenamiento español, Madrid, 1985; García Morillo y Montero Gibert, el Control Parlamentario del Gobierno, Madrid, 1984, etc.

312.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 158.

313.- Ibíd. págs. 158-159.

314.- Ibíd.

Otro equivoco en que incurren aquellos que defienden la naturaleza jurídica del control parlamentario desde nuestro punto de vista, consecuencia de la tesis anterior es, que "el único modo en que el jurista puede estudiar el control parlamentario, vendrán a decir, es concibiéndolo como control jurídico y no control político. Aquí se confunde al parecer, las normas con los fenómenos que regulan, así como el saber que sobre las unas y las otras puede aplicarse<sup>315</sup>. El jurista **estudia los objetos "formalmente" jurídicos y no sólo los que, además, lo son "materialmente"**. La delimitación del campo de su saber está en la forma y en el método, no en la materia<sup>316</sup>. Lo que al jurista le está vedado es estudiar políticamente el control parlamentario, no estudiarlo jurídicamente; pero **estudiarlo jurídicamente no es dotar de naturaleza jurídica al objeto, sino dotar de carácter jurídico a su estudio**. En resumen, lo que el jurista puede y debe estudiar es la relación jurídica del control parlamentario, que ni deja de ser político porque el derecho lo regule, ni ha de convertirse en "jurídico" para que el jurista lo estudie.

Estamos pues en presencia de un control político y no de un control jurídico, y sólo entendido así alcanzan coherencia en nuestro juicio, los caracteres que el control parlamentario tiene, así como el papel y significación que posee en nuestro tiempo. El control parlamentario existe en formas de gobierno como los presidencialistas en las que no es posible la exigencia de la responsabilidad política. Allí, sin embargo, hay control parlamentario, ya que éste no es un instituto privativo de las formas parlamentarias de gobierno como ya apreciamos, sino de la democracia parlamentaria de nuestro tiempo. Allí existen maneras de sancionar, no aprobar iniciativas del Ejecutivo y ejercer presión contra el gobierno, como por ejemplo todo el tema presupuestario cuando este es aprobado por el Parlamento. Por otra parte, en los llamados regímenes parlamentario, en los que la responsabilidad es posible, aunque circunstancialmente sea improbable por la composición y la presencia de la mayoría oficialista, la fiscalización parlamentaria del Gobierno se manifiesta por otras muchas vías, además de por la que pudiera conducir a su remoción.

Por último, además de la responsabilidad concreta, inmediata, hay sin duda alguna, una "responsabilidad política difusa"<sup>317</sup> ya mencionada, una posibilidad de debilitamiento político del Gobierno producido por las reacciones políticas y sociales que se derivan de los actos de las Cámaras. Como señala Manuel Aragón, la fuerza del control parlamentario descansa, pues, más que en la sanción directa, en la indirecta; más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar

---

315.- *Ibídem*, pág. 160.

316.- *Ibídem*.

317.- Rescigno, La responsabilidad política, Giuffrè, Edit. Milán, 1967, págs. 113 y ss. Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 166.

obstaculizaciones futuras, más que en derrocar al Gobierno, en desgastarle o en contribuir a su remoción por el cuerpo electoral<sup>318</sup>.

Esta labor de crítica, de fiscalización, constituye el significado propio del control parlamentario. Se ha dicho, por algunos autores, que un significado así sería rechazable por ser demasiado amplio y general, en cuanto emplea un sentido excesivamente elástico de control. Frente a estas afirmaciones Manuel Aragón<sup>319</sup> muy por el contrario argumenta que ahí se encuentra, justamente, la cualidad (y la operatividad) del control parlamentario, cuyos efectos pueden recorrer una amplia escala que va desde la prevención a la remoción, pasando por las diversas situaciones intermedias de fiscalización, corrección u obstaculización.

Finalmente, en relación con la sanción inserta en la estructura del control parlamentario, Manuel Aragón nos recuerda que una de las notas del control político, es el carácter no necesariamente directo o inmediato de la sanción en todos los supuestos. No siempre habrá sanción, pero siempre habrá al menos, **esperanza de sanción**<sup>320</sup>. De ahí que la eficacia del control político resida, además de en sus resultados intrínsecos, en la capacidad que tiene para poner en marcha otros controles políticos sociales.

### 3.7.2. El control parlamentario como control político

Según los autores españoles y hermanos Alonso de Antonio, el control político puede ser definido como aquella función indeclinable del parlamentarismo democrático que, al utilizar un criterio de oportunidad política, produce una valoración subjetiva condicionante de la acción del Gobierno, al fijarle líneas de actuación que operarán como un marco habilitante, pudiendo verificar en un momento posterior su grado de ejecución en orden a formar un juicio crítico para la eventual exigencia de responsabilidad política<sup>321</sup>.

El fundamento del control político se puede percibir luego de ver los límites del control jurídico. Como decíamos al finalizar el capítulo anterior, la acción política puede ser como toda acción humana regulada por el derecho, que puede asegurar ámbitos de libertad, delimitar la competencia de los órganos y establecer procedimientos abiertos para alcanzar la titularidad de éstos, o, lo que es lo mismo, ocupar el poder, pero este control basándose en normas (control jurídico), no puede

---

318.- Ibídem.

319.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 167.

320.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 167.

321.- Angel Luis Alonso de Antonio y José Antonio Alonso de Antonio, Derecho Constitucional Español, Editorial Universitaria S.A., Madrid, 1996, pág. 413.



llegar hasta el extremo de cercenar la libertad de quienes, ocupando el poder, llegan a él movidos por ideas distintas y han de hacer frente a necesidades continuamente cambiantes. La libertad de acción que las normas jurídicas han de asegurar a los titulares del poder, para determinar las finalidades y escoger los medios adecuados para alcanzarlas, obliga a formularlas en términos tales que hacen imposible que el control jurídico de esa acción, en lo que toca al fin y a los medios, pueda asegurar otra cosa que su simple corrección formal<sup>322</sup>.

Para el profesor Rubio Llorente, si la limitación del poder ha de alcanzar también a la libertad de éste para determinar cuáles son los objetivos que pretende conseguir y los medios a emplear para ello, es indispensable que, junto al control jurídico --sobre la base de normas jurídicas como la Constitución-- se instaure otro tipo de control, el político, que, aunque organizado y regulado jurídicamente, no opera, como aquél, mediante el contraste de la actuación controlada con la regla a la que debe de acomodarse, **sino con otra voluntad más alta, a la que la del titular del poder debe siempre subordinarse**"<sup>323</sup>. Este si se quiere es el campo específico del control político que realiza el Congreso de la República, no ya un control de la constitucionalidad, no ya un control sobre la base de normas sino en base y teniendo como referencia la voluntad soberana<sup>324</sup>.

A diferencia del carácter objetivado --normas predeterminadas y fijas-- del control jurídico, la condición subjetiva es la propia del control político. Esta condición determinara una serie de peculiaridades en lo que se refiere al agente, al objetivo, al canon de valoración y al resultado del control. Para Santaolalla el control político está también regulado por el Derecho, pero de un modo más superficial: se establece quienes son el controlante y el controlado y poco más y se caracteriza por no haber parámetro objetivo con el que confrontar la actividad enjuiciada, y si lo hay, éste es disponible para el controlante, en el sentido de su actuación es voluntaria y libre, basada en criterios de oportunidad y no de legalidad<sup>325</sup>. Como agrega Santaolalla, se ejercita por órganos políticos como el Parlamento y con criterios de **interpretación puramente políticos**. Se diferenciará del control jurídico en que aquí no

---

322.- Francisco Rubio Llorente, op.cit., págs. 244-245.

323.- Ibidem, págs. 245-246.

324.- "Los actos de imperium eran discrecionales del poder y, por lo mismo, librados al criterio del gobernante, lo cual los excluía del control de legalidad y constitucionalidad". Luis Carlos Sachica, El control de la constitucionalidad y sus mecanismos, 3 edición, Temis, Bogotá 1988, pág. 30.

325.- Fernando Santaolalla: La función de control y la ciencia del derecho constitucional, en: Revista de las Cortes Generales N° 12, Tercer cuatrimestre, 1987, pág. 228-229.

necesariamente se presenta esa potestad obstativa, sancionadora, sino sólo de modo excepcional<sup>326</sup>.

Sus efectos son puramente políticos, sanciones indirectas, como puede ser el desgaste y crítica del Gobierno ante la opinión pública en el caso del control parlamentario, paradigma del control político. Precisamente por eso, todas las actuaciones parlamentarias, salvo tal vez la legislativa obedece a esa función de control. Y así, preguntas, interpelaciones, Comisiones de investigación, mociones, incluidas las e censura, serían expresión de este control político<sup>327</sup>.

Desde la perspectiva de los sistemas parlamentaristas, García Fernández señalará que el control Parlamentario tendrá naturaleza política en la medida en que se origina en un acto de decisión política cual es el otorgamiento de la confianza al titular de la Presidencia, pero perfectamente formalizado y juridizado en el Derecho Parlamentario moderno. Nuestro autor agrega que, su naturaleza política no se agota ahí porque la relación fiduciaria engarzada con el Parlamento es igualmente política porque descansa en un parámetro valorable de oportunidad (cuales el programa de gobierno), no obstante que este se renueva con instrumentos y procedimientos jurídicos (los diversos instrumentos parlamentarios de control) y tiene como trasfondo la responsabilidad<sup>328</sup>.

### 3.7.3. El control político del Congreso y la posible obstrucción del ejercicio de la función gubernativa del Gobierno

Una pregunta que no podemos dejar de hacernos, es hasta qué punto, el control parlamentario puede suponer la afectación, limitación u obstrucción del ejercicio de la función gubernativa del poder ejecutivo<sup>329</sup>, dado que como sabemos nos encontramos ante un control político, que sobre la base del principio oportunidad y de conveniencia puede corregir y cambiar determinadas decisiones políticas adoptadas por el Gobierno, tal como ocurre en el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia, cuando la representación nacional no convalida algún decreto de urgencia,

---

326.- *Ibíd.*

327.- *Ibíd.*

328.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 42.

329.- La función política o de gobierno se refiere a las máximas instancias del nivel nacional del Estado(entre las que se encuentran no sólo el Presidente de la República sino el Congreso de la República), para decidir aspectos de especial trascendencia para el estado y la sociedad. Según Dromi esta actividad es expresada a través de los actos políticos, que pueden ser actos de gobierno o institucionales. Ver José Roberto Dromi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 113-119. No utilizamos la denominación función ejecutiva, pues para Paolo Biscaretti de Rufia, la función ejecutiva comprende la función administrativa y la función política o de gobierno. Ver Paolo Biscaretti de Rufia, *Derecho Constitucional*, pág. 214.

(acción que no puede realizar el Poder Judicial). Detrás de este punto está el problema si reducimos la función del Congreso a la tarea exclusivamente legislativa, o convenimos en que le corresponde al Parlamento otro tipo de funciones, directamente vinculadas con su titularidad de la representación nacional del soberano.

Esto está relacionado con lo que la doctrina denomina, la función de orientación política. Para el profesor italiano Andrea Manzella, la función de orientación política consiste en determinar los objetivos principales que propone el gobierno de un país y en seleccionar los instrumentos y acciones para hacerlos realidad<sup>330</sup>.

El problema no es fácil, ni hay tampoco consenso total. Autores como el Giovanni Sartori critican y se quejan del Congreso cuando intenta "cogobernar al lado del Gobierno", al expedir normas de naturaleza administrativa en forma descontrolada tarea que le correspondería en principio al gobierno. Para este autor, el problema de los Parlamentos es que *antes que legislar los Parlamentos intentan gobernar*. Efectivamente, el desarrollo asambleario de los sistemas liberales-democráticos ha desplazado gradualmente el acento de la función de control a una función que Sartori<sup>331</sup> denomina de distinta forma "gobernante", o de "sentido" o de "dirección política"; de todos modos una función que debería ser directiva y propulsora, no sólo de control.

Si afirmamos que el control parlamentario es un control jurídico, entonces debería ceñirse a realizar un control de la constitucionalidad. En consecuencia, no podría tocar las decisiones políticas del Gobierno, del titular del Poder Ejecutivo. Está claro, que los jueces no pueden gobernar pues el control que realiza lo hacen sobre la base de un criterio de legalidad - constitucionalidad, a diferencia del Congreso que realiza un control político sobre la base de un canon y a un criterio que la doctrina denomina de *oportunidad*. El control parlamentario es un control político, que se realiza no por voluntad de la ley, sino por voluntad de un órgano político representante del soberano. Como señala el Tribunal Constitucional Español en una jurisprudencia a propósito de un decreto de urgencia sobre expropiación, "el control de la constitucionalidad de la expropiación no puede extenderse a la valoración de la bondad de cualquier otra medida distinta y de su carácter de menos restrictiva de la propiedad o más conveniente para el interés público, porque si así se hiciese se estaría sustituyendo el juicio de oportunidad realizado por el Gobierno en dicho Real Decreto

---

330.- Andrea Manzella. El Parlamento. Instituto de Investigaciones Legislativas, LIII Legislatura, México, 1987. Citado por Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pags. 153-154.

331.- Giovanni Sartori: Elementos de teoría política, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 187.

Ley, confirmando por el Legislador en su Ley de Conversión, asumiendo con ello una responsabilidad que no le compete a este Tribunal"332.

Biscaretti distingue dos funciones dentro de la función Ejecutiva. *La función administrativa* está referida a la concreción de los fines del estado y las atribuciones de sus órganos ejecutores, según lo estipulado en la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales. La otra --que es la que nos interesa-- es la *función política o de gobierno*. Esta función estaría referida a la actividad de las máximas instancias del nivel nacional del Estado (Congreso de la República, Presidencia de la República y Consejo de Ministros) para decidir aspectos de especial trascendencia para el Estado y la sociedad333. Así, este autor acepta y reconoce implícitamente que el Congreso comparte de alguna manera la función política con el Gobierno.

La consecuencia entonces es clara, el Congreso si puede corregir decisiones políticas, modificarlas o simplemente respetarlas, cosa que no puede hacer un juez o un magistrado. Esta función quizá nos acerca a lo que la doctrina italiana denomina *indirizzo*. Según el profesor García Fernández, luego de los procesos constituyentes posteriores a la segunda guerra mundial, el recuerdo de las dictaduras de los años treinta acabó reforzando la posición central del Parlamento en el conjunto del sistema político, de tal modo que éste, tanto en la práctica como en sede doctrinal, rebasó las tradicionales funciones legislativas, presupuestarias y de control para adquirir un notable protagonismo en otros campos, el principal de los cuales es el que los autores italianos denominan *indirizzo*. En realidad *indirizzo* no ha sido aceptada con unanimidad por la doctrina, sobre todo fuera de Italia, pero es muy expresiva de las nuevas funciones de los Parlamentos en donde viene a predominar **la dirección y el impulso de la acción política**334.

El mejicano Berlín Valenzuela reconoce entre las principales funciones del Congreso la función de orientación política. Para este autor, si se parte de la concepción de que las sociedades políticas democráticas son por esencia pluralistas, son diversos los enfoques sobre la manera de orientar los objetivos que una nación

---

332.- Sentencia del Tribunal Constitucional Español. S.T.C. 166/1986, del 19 de diciembre de 1986. BOE de 3 de enero de 1987. Citado por Agustín Vega García, ¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos leyes?. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 52.

333.- Paolo Biscaretti de Ruffia. Derecho Constitucional, pág. 214. Según Dromi, esta actividad es expresada a través de los actos políticos, que pueden ser actos de gobierno o institucionales. José Roberto Dromi. Instituciones de Derecho Administrativo, pág. 113-119. La diferencia entre un acto institucional y un acto de gobierno radica en que el primero tiene que ver con la organización y subsistencia del Estado, mientras que el segundo tiene que ver con el funcionamiento normal del Estado.

334.- Luis María Cazorla, *Las Cortes Generales. ¿Parlamentos contemporáneos?*, Civitas, Madrid, 1985, p. 83, citado por García, op. cit., pág. 37.



persigue en su marcha institucional. Así para Berlín Valenzuela, "los parlamentos integrados por diversos partidos políticos, tienen en la actualidad la función de coadyuvar con el gobierno en la consecución de sus planes y programas"<sup>335</sup>. Esta función va más acorde con las tareas que realiza el parlamento en un régimen parlamentario; pero tratándose de un régimen presidencial no se puede soslayar que el pueblo vota al mismo tiempo que por un candidato por el programa de gobierno que él propone a la consideración del electorado, independientemente de los criterios que se exponen en cuanto a si primero es el programa elaborado por su partido y después es el candidato o viceversa. De ahí que se prefiera el termino "orientación", que expresa mejor la función que el parlamento realiza en cualquier sistema político<sup>336</sup>.

Esta función de orientación política, sin embargo, está para algunos autores en declive o en crisis, proponiendo en su lugar otras funciones como la función de negociación política. En efecto, la teoría constitucional y el desarrollo institucional del Parlamento proponen que "se empiece a comprender que es otro el rol que les toca jugar (a este) y que si bien sus funciones gubernamentales han disminuido, siguen conservando, como órganos representantes de la soberanía popular, una "función de indirizzo"<sup>337</sup> político, que tiene dos manifestaciones fundamentales; por un lado, el control de la actividad gubernamental, que no tiene porqué realizarse a través de los mecanismos clásicos de cuestión de confianza y moción de censura, y, por otro, su consideración como centro fundamental de negociación política entre los diversos titulares del poder<sup>338</sup>.

Los sistemas democráticos se han convertido cada vez más en sistemas de negociación entre órganos y centros de poder con competencias poco diferenciadas. Los órganos constitucionales no ejercen ya sus típicas funciones, sino que deben ser considerados como órganos de decantación, y a veces de ensamblaje o de control. Los parlamentos son centros adecuados de esta negociación, ya que se encuentran situados en el centro del proceso decisorio basado en negociaciones sucesivas<sup>339</sup>. Es desde esta perspectiva desde donde el Parlamento tiene que formular sus principios de orientación y posterior control político de los demás órganos, ya que si bien puede afirmarse que han sido superados como entes legislativos, no puede decirse que lo hayan sido como Parlamentos; siendo la razón de ser actualmente de los mismos, su función orientadora de la actividad gubernamental su posterior control sobre el cumplimiento de dichas pautas orientadoras<sup>340</sup>.

---

335.- Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 152.

336.- *Ibíd.*

337.- La función de indirizzo según Rodríguez Zapata, no es otra cosa que la función de dirección política. Ver Rodríguez Zapata, *op. cit.*, pág. 430.

338.- Jorge Melo, *ob. cit.*, pág. 499.

339.- *Ibíd.*

340.- *Ibíd.*

### 3.7.4. La perspectiva funcionalista como un criterio para diferenciar el control del Congreso y el control del Tribunal Constitucional

A las diferencias que anota Manuel Aragón, podemos agregar una perspectiva más funcionalista, relacionada con el análisis de la función específica que el ordenamiento le asigna al Congreso de la República y al Tribunal Constitucional.

Más allá de la función que el Tribunal Constitucional y el Congreso tenga, la Constitución encargará al primero declarar la inconstitucionalidad de un decreto de urgencia, a diferencia de la función del Congreso que será velar por la vigencia de la Constitución.

Según el artículo 200° de la Constitución, "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente". En el artículo 204° posteriormente se hace alusión a la función de declarar la inconstitucionalidad. En esa misma línea, para la doctrina constitucional "la Corte o Tribunal Constitucional tienen por finalidad específica, una "razón de ser" y es la defensa del orden constitucional"<sup>341</sup>. Como señala Roth, el control de la constitucionalidad de las leyes no es más que uno de los mecanismos utilizados por las democracias occidentales para preservar el ejercicio justamente del Estado de derecho<sup>342</sup>. Roth concluye que en esa "función esencial" el Tribunal interpreta el rol de "último guardián del orden constitucional"<sup>343</sup>.

La doctrina le asigna diferentes funciones al Congreso<sup>344</sup>, destacando dos funciones que son básicas, la función legislativa y la función de control, función esta última que se encuentra en la génesis histórica del nacimiento de esta institución. A diferencia del Tribunal Constitucional, los miembros del Congreso tienen un plus de representatividad, fruto del acto electoral del cual proceden sus miembros.

El artículo 102 de la Constitución contienen hasta diez atribuciones del Congreso, vinculadas con las funciones del Congreso.

---

341.- Joachim Roth, El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Series: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 12, CAJ, Lima, 1996, págs. 128.

342.- *Ibidem*.

343.- *Ibidem*.

344.- Berlín Valenzuela encuentra hasta doce funciones, como son las funciones, deliberativa, financiera, legislativa, de control, de orientación política, jurisdiccional, electoral, administrativa, de indagación, de comunicación, educativa. Ver Francisco Berlín Valenzuela, Francisco: Derecho Parlamentario, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, págs. 123 y ss.

*"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:*

- 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.*
- 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*
- 3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.*
- 4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.*
- 5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.*
- 6. Ejercer el derecho de amnistía.*
- 7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.*
- 8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.*
- 9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.*
- 10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa".*

En ningún momento en la Constitución se señala que, el Congreso hará un control de la constitucionalidad. Todo lo contrario, sobre el punto, la Constitución señala en su artículo 203° letra 4, que "Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad(...) El veinticinco por ciento del número legal de congresistas". Esta situación se hace evidente, si reparamos que sólo el 28% de los miembros de la representación nacional son abogados.

Esto obviamente, no lo exonera en absoluto del cumplimiento de la Constitución. El artículo 38 de nuestra Primera Carta Política señala que todos los peruanos, sin distinción alguna por razón de su cargo "(...)tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación". En todo caso, no debemos olvidar que tanto el Tribunal Constitucional como el Congreso de la República están sometidos a la Constitución y al ordenamiento jurídico, de lo contrario existiría Estado de Derecho.

Finalmente, la diferente función específica de cada órgano termina de evidenciarse cuando advertimos que una sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional será oponible y prevalecerá sobre lo declarado por el Congreso, siempre claro está que este último no derogue los decretos de urgencia, supuesto en que ya no tienen sentido un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

### **3.8. ESTRUCTURA DEL CONTROL PARLAMENTARIO**

El control parlamentario tiene muchos elementos, los cuales en conjunto conforman toda una estructura, que en el momento oportuno entra en funcionamiento.

### 3.8.1. Los sujetos

A diferencia del control jurídico<sup>345</sup>, donde no existe dominio ni superioridad del órgano controlante sobre el controlado, pues aquel carece de criterio o voluntad propias, en el control político descansa en una **relación de sometimiento y superioridad** entre los sujetos del control. Esta afirmación habrá que matizarla para el caso de regímenes presidencialistas donde a diferencia de los regímenes parlamentaristas, el Gobierno no brota del Parlamento y existe una separación rígida de poderes. Los órganos controlantes, son siempre órganos, autoridades o sujetos de poder, es decir, cualificados por su condición política, pero nunca órganos jurisdiccionales<sup>346</sup>.

El control parlamentario es un control entre órganos constitucionales. Según García Morillo y Montero Gibert, "el control parlamentario se integra en el género de los controles constitucionales, entendiéndose por estos a los que se producen **entre órganos constitucionales** o de relevancia constitucional<sup>347</sup>.

Tomando distancia de esta posición Manuel Aragón señala que el control político es efectuado por una voluntad política y no por normas jurídicas<sup>348</sup>. Precisamente porque el control político se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso imponerse a otra voluntad, la relación que ha de darse entre los agentes y los objetos de control no estará basada en la independencia (pues entonces no podría existir tal capacidad de fiscalización e incluso imposición), sino en la superioridad y el sometimiento, en sentido lato, que abarca tanto el principio de supremacía como al de jerarquía. Un control subjetivo, y en ese sentido no neutral o imparcial como es el caso del control político sólo puede fundamentarse, pues, en la existencia de dicha relación<sup>349</sup>. En efecto, el sujeto de poder o el órgano que ejercen el control han de ostentar, necesariamente, una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano controlado. La actuación del uno puede limitar la actuación del otro, no porque posea una "especial condición" (control jurídico), sino porque tenga un mayor peso (control político). Sin embargo, consideramos que esta relación de sometimiento y superioridad habría que relativizar cuando estamos en regímenes presidenciales,

---

345.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 244.

346.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 144.

347.- García Morillo y Montero Gibert, *op. cit.*, pág. 27 y 28.

348.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 155.

349.- *Ibidem*, pág. 144.



signados por las relaciones de igualdad y coordinación, sobre todo cuando existe separación rígida de poderes. Esta relación de sometimiento u superioridad se acentuará más cuanto más nos acerquemos a un régimen parlamentarista

El control político es un control **institucionalizado** y por ello, a diferencia de lo que ocurre en el control social (que es un control no institucionalizado)<sup>350</sup>, los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida. Sin embargo, en lo que no estamos plenamente de acuerdo con García Morillo es cuando señala que el control parlamentario se produce entre órganos que no están ligados entre sí por una relación jerárquica, como ocurre con los controles de naturaleza administrativa -- o llamados por otros intraorgánicos--, sino establecidos por la propia norma fundamental en un mismo nivel de separación funcional<sup>351</sup>. Esto significa que, ha de tratarse, pues, de una atribución "regular", "normativizada", cuyo modo de ejercicio esté previsto por el derecho<sup>352</sup>. Esta puede estar en la Constitución o en otro tipo de normas legales, como pueden ser en el caso del Congreso el Reglamento del Congreso. Sobre este último punto, Aragón señala con mucho tino que, "tal regulación jurídica no convierte, por si misma, el control político en control jurídico, ni mucho menos<sup>353</sup>. El reconocimiento jurídico de la competencia lo que significa, sencillamente, es que estamos en presencia de un control "institucionalizado", característica que es también propia del control jurídico, y ahí acaban las similitudes entre ambos tipos de control<sup>354</sup>.

En relación a los agentes del control político, no puede decirse que el control político sólo pueda realizarlo agentes "políticos" y el control social sólo los agentes sociales". Una afirmación así no sería cierta. Sólo ejercen el control político los agentes políticos institucionalizados, y no todos los agentes políticos. Así, no son los partidos sino el Parlamento (y en su seno los parlamentarios y los grupos parlamentarios) los que ejercen el control político del gobierno. Por otro lado, no sólo los agentes sociales sino también agentes políticos e incluso los agentes políticos

---

350.- Según este autor el Control Social es el menos permeado por el Derecho. Aquí, ni siquiera están determinados los sujetos y procedimientos del control. Se trata de un control difuso, producto del ejercicio de las libertades reconocidas a los ciudadanos, legítimo, por tanto, y por lo mismo de interés para el Derecho Constitucional. Fernando Santaolalla: La función de control y la ciencia del derecho constitucional, en: Revista de las Cortes Generales Nº 12, Tercer cuatrimestre, 1987, pág. 229.

351.- García Morillo y Montero Gibert, op. cit., págs. 27-28.

352.- Aragón, op. cit., pág. 145.

353.- Ibidem.

354.- Ibidem.

institucionalizados pueden ejercer el control social, como es el caso del control de los partidos políticos al gobierno por vías extraparlamentarias<sup>355</sup>.

Los sujetos del Control parlamentario, es decir, los agentes de esta institución son sin lugar a dudas el Gobierno entendido por el Poder Ejecutivo y el Parlamento. En el primer caso, tenemos a toda la administración pública, a todos los funcionarios públicos, sin enervar las responsabilidades que por sector deben asumir los ministros respectivamente. Por el lado del Congreso, aún cuando sea la oposición parlamentaria la que impulse en los hechos el control parlamentario, y no obstante la existencia de un partido oficialista que se dedica por lo general más a cubrir las espaldas del Gobierno, el titular del Control Parlamentario es todo el Parlamento.

Para el español Gil Robles, una condición para la existencia de la actividad de control en general es la existencia de una diferenciación entre controlantes y controlados<sup>356</sup>. Según dicho autor, habría una razón de objetividad, que no por obvia deja de ser una razón para postular la necesidad de una diferenciación entre los dos sujetos mencionados. Por tanto, no habrá control, o este será ineficaz o muy disminuido, cuando ambos roles se confundan, supuesto que sucede cuando el Gobierno tiene una mayoría en el Congreso, que es dócil. Esto es lo que Rubio Llorente denomina la "dualidad de sujetos"<sup>357</sup>. Cuando no existe esta dualidad, nos encontramos en realidad ante una suerte de autocrítica o autocontrol de dudosa eficacia. La razón es obvia, es difícil que un órgano se controle así mismo, o en el mejor de los casos, es imposible que un conjunto de persona (los congresistas de la mayoría) controlen a quien están por encima de ellos, o que ocupan o están en la cabeza de la agrupación política a la que pertenecen, situación que se vislumbra de una manera más clara en los regímenes parlamentarios. En palabras de García Morillo, la "causa motriz" de la pérdida de contenido y eficacia del control parlamentario residen en la vinculación entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo apoya y que, con la propia fuerza de su mayoría numérica, evita que no haya una posible sanción para el Gobierno, sino incluso la materialización, en cualquier forma de cualquier clase de control<sup>358</sup>.

Por ello, la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia en parte responde a las dificultades que tiene el partido gobernante para controlarse así mismo, pues el rol de sujeto controlante (Congreso, al momento de decidir: mayoría oficialista) y el sujeto controlado (El Gobierno) se confunden y mezclan por la afinidad

---

355.- *Ibidem*, pág. 146.

356.- José María Gil Robles, *Control y Autonomías*, Editorial Civitas, Madrid 1986, p. 37.

357.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 243.

358.- García Morillo, Joaquín, *Aproximación a un concepto del control parlamentario*, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 10, Monográfico. Estudios de Derecho Parlamentario, Madrid, 1986, pág. 32.

de intereses políticos. Tenía razón Loewenstein cuando señalaba que nadie puede controlarse así mismo, de lo contrario opera una suerte de neutralización del Congreso por el Gobierno, a través de su mayoría parlamentaria.

Este fenómeno es denominado por Gil-Robles "mimetismo"<sup>359</sup> entre sujeto controlado y sujetos controlador. Según este autor, la dificultad por no decir la imposibilidad, de un auténtico control radica en que ya no se trata de que los representantes del pueblo controlen a un Gobierno designado por el Rey, sino de que "la mayoría tendría que controlar a quienes la dirigen, lo cual con una mayoría disciplinada, imposibilita un auténtico control, puesto que desaparece la diferenciación entre controlantes y controlados que es una de sus inexcusables exigencias"<sup>360</sup>.

*"La única posibilidad estribaría en reconocer que cada una de las dos funciones esenciales del Parlamento --legislar y controlar-- deberían ser realizadas por órganos distintos: la primera requiere órganos que reflejen la mayoría resultante de las urnas; en los encargados de la segunda, en cambio, debería reforzarse las facultades de las minorías en cuanto a citaciones dirección de los debates, publicidad, etc. No se trata evidentemente, de que las minorías impongan acuerdos a la mayoría, lo que sería antidemocrático, sino de impedir que sea la mayoría la que controle las posibilidades de control de las minorías sobre el Gobierno, protegiendo a este"<sup>361</sup>.*

Nos parece importantísimo cuando se plantea la necesidad de impedir que sea la mayoría la que controla las posibilidades de control de las minorías. En tal sentido, habría que diferenciar entre la apertura del proceso de control y la toma de decisión final de aquel proceso de control. La dirección del inicio y del despliegue, el impulso de los diferentes instrumentos de control debería estar en manos de la oposición, dejando a la mayoría la votación de las conclusiones finales del proceso de control, de esa manera se produce el control "en" el Congreso, con libre participación de la opinión pública a través de los medios de comunicación en el marco de responsabilidad política difusa. Lo importante es no supeditar los procesos de control parlamentarios a la criterio de mayorías y minorías (tenencia de la mayoría de la votos). Es necesario no cerrar el paso al proceso público del control, no obstaculizar el despliegue de este proceso, sino forzar la discusión y el debate público, donde los diferentes grupos tomen posición frente a la opinión pública. Un buen ejemplo de ello es que en el Parlamento Alemán, donde se necesita sólo el voto de los 25% de los parlamentarios

---

359.- Gil-Robles, *op. cit.*, p. 297.

360.- Gil-Robles, *op. cit.*, p. 297.

361.- *Ibíd.*

para formar una Comisión Investigadora, a diferencia de nuestro sistema donde se necesita de la mitad más uno de los congresistas.

Lo que sucede es que la lógica del papel de la minoría en el control parlamentario no se rige por el principio de la mayoría y minoría, de lo contrario, no tendría sentido la presencia de la minoría, bastaría con la mayoría parlamentaria. La razón es que no existe jerarquía entre las distintas voluntades, cuando se trata de expresar una voluntad o de debatir en el Congreso frente a la opinión pública y el país. Más aún, que esa jerarquía se invierte cuando la función a desempeñar corresponde sobre todo, según la naturaleza de las cosas, no a la mayoría, sino a la minoría<sup>362</sup>. Esto es lo que sucede muy especialmente con la función de control. Esta es desempeñada por todos los grupos y a través de todos los procedimientos, pero como el contraste de la actuación gubernamental con el criterio de la mayoría lleva necesariamente a la defensa de aquella actuación, para la que el gobierno suele bastarse a si mismo, la gran protagonista del control parlamentario es la minoría, cuya apreciación de la acción gubernamental debe ser inexcusablemente ofrecida a la sociedad para que esta continúe siendo políticamente abierta y, por tanto, libre. Esta consideración obliga a dejar exclusivamente a la voluntad de la minoría la decisión de las iniciativas para abrir determinados debates o acometer tareas<sup>363</sup>."

El ejercicio de la función de control por parte de las minorías parlamentarias adquiere una intensidad y relevancia cualitativamente bien diferente de la mayoría, pues además de pretender imponer programa político y exigir la responsabilidad del Gobierno, se desea asignar a esa función la máxima publicidad posible, de forma que la opinión pública se decante en los próximos comicios electorales en su favor, modificando así la relación de fuerzas en el Parlamento<sup>364</sup>.

Vemos pues aún cuando el titular formal de la función de control es el Congreso, la propia realidad nos dice que cuando el Gobierno cuenta con una mayoría oficialista mayoritaria<sup>365</sup>, el Congreso como conjunto no es el órgano fáctico que impulsa --en todo caso-- el control sino la minoría y/o la oposición. Las razones todos las conocemos, "los (estrechos) lazos partidarios que vinculan al ejecutivo con la mayoría parlamentaria cuando esta le es favorable"<sup>366</sup>.

---

362.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 257.

363.- Ibidem.

364.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, Curso de Derecho Constitucional III, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 581.

365.- Cosa que por lo general es común. En efecto, Fernando Belaúnde, Alan García Pérez y Alberto Fujimori es su segundo para el CCD, contaron con sendas mayorías parlamentarias, que les permitieron anular el control parlamentario del gobierno.

366.- Berlín Valenzuela, op. cit., p. 140.



Aún cuando no necesariamente tiene que ser así, la experiencia histórica y la propia lógica de la lucha entre gobierno y oposición, nos demuestra que el sujeto llamado a impulsar y llevar adelante la fiscalización y el control sobre el gobierno será la oposición, o para ser más exacto, los grupos de la oposición. Según el profesor español Isidro Molas<sup>367</sup>, si en algún momento histórico se puede hablar quizá de oposición Parlamento - Gobierno no es precisamente el actual; sería más correcto decir que parte del Parlamento se enfrentó al Gobierno en otros tiempos, como ahora los grupos parlamentarios de la oposición fiscalizan y controlan hasta donde pueden a la mayoría parlamentaria y gubernamental. La misión básica del Parlamento actual --es decir, de la mayoría parlamentaria-- es mantener y dar apoyo al gobierno para permitirle llevar a cabo el programa con el que el partido o coalición se presentó a las elecciones y para el que fue legitimado por el electorado<sup>368</sup>, La mayoría está atenta a la fiscalización de la oposición, a veces más que para atender sus sugerencias o para impedir los abusos o desviaciones que pueda denunciar, para evitar que tal fiscalización desemboque en mociones de censura, o que interpelaciones o intervenciones excesivamente duras provoquen incomodidades y desgaste a la mayoría gubernamental<sup>369</sup>.

De lo sostenido se puede colegir que, la fuerza de la oposición está en su capacidad de llegar a la opinión pública. Si el fin que persigue toda oposición es ser algún día gobierno, entonces la oposición debería orientar su trabajo a mostrar y demostrar su efectiva capacidad de conducir con responsabilidad un gobierno, y de esa manera hacerse propaganda para luego convertirse en gobierno. La oposición abraza la esperanza y la posibilidad real de convertirse en mayoría y gobierno. Según Wolfgang Zeh<sup>370</sup>, de la oposición se espera que demuestre su vocación y su capacidad de convertirse en gobierno, y no hay nada más distante de esto, que el obstruccionismo radical de la oposición, pues con ello sólo demuestra su eterna y permanente capacidad y vocación de ser eterna oposición, más no de ser gobierno. Según dicho autor, la oposición constituye un "*gobierno de esperd*" o tiene una "*opción de esperd*". En los hechos, es la oposición la verdadera impulsora de todos los mecanismos de control parlamentaria.

Con relación al control de la mayoría parlamentaria, aún cuando en un primer momento tengamos dudas acerca de la capacidad de fiscalización de la mayoría, es inexacto que nunca la mayoría realice un control parlamentario. La mayoría

---

367.- Isidro Molas, *op. cit.*, 35.

368.- *Ibidem*.

369.- *Ibidem*.

370.- El profesor Wolfgang Zeh, alto funcionario del parlamento Alemán, en un evento de Derecho Parlamentario, organizado por la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 21 al 23 de octubre de 1997.

parlamentaria cuando pertenece al mismo partido o grupo político del gobierno, realiza un control, pero --y aquí está la diferencia-- usando canales distintos de los que utiliza la minoría. Por lo general realiza un control a través de mecanismos más internos, intrapartidarios, tratando la mayoría de las veces de hacerlo de espaldas a la opinión pública y a la prensa, o cuando lo hace tratando de no afectar la imagen de su agrupación política, o de ser inevitable, de hacerlo lo menos posible, siempre salvando o reduciendo o poniendo a salvo la responsabilidad del gobierno, sujeto cuyos actos son materia y objeto de control por parte del Congreso. La razón es obvia, no quieren dejar o afectar la imagen del gobierno ante los ojos de la opinión pública, pues esto beneficia sin lugar a dudas a la oposición, porque, además, si bien es parlamentaria, no ha dejado de participar en una agrupación política por la que postula.

En el caso de regímenes parlamentarios el control de la mayoría no varía mucho. Como señala los españoles Jorge de Esteban y Pedro Gonzáles Trevijano, "La mayoría parlamentaria gubernamental que sustenta al Gobierno pretende que éste adecue el ejercicio de la función ejecutiva a su programa político, desechando, por definición, la adopción de aquellas medidas de exigencia de responsabilidad política que puedan acarrear la pérdida de la confianza de la Cámara. Además, este control de la mayoría parlamentaria procura limitar la publicidad, de aquí que en muchas ocasiones se articule a través de cauces extraparlamentarios, aunque su intensidad y alcance serán lógicamente distintos en el caso de los Gobiernos que gocen de una mayoría absoluta, asentada en un sola formación política, que en el supuesto de los más frágiles gobiernos de coalición<sup>371</sup>.

Sin embargo, también la mayoría parlamentaria "controla" el control de la oposición de la minoría parlamentaria. La mayoría parlamentaria está empeñada controlar y limitar y neutralizar el control parlamentario que hace la oposición parlamentaria, a través de su principal arma cual es el principio, según el cual toda decisión en el Congreso se toma por mayorías. De esa manera, oponiéndose a los pedidos de comisiones de investigación o respondiendo y eventualmente desmintiendo las imputaciones y de las denuncias de la oposición, es como la mayoría parlamentaria, le hace frente al control parlamentario de la oposición.

#### **3.8.1.1. El partido gobernante no puede controlarse así mismo**

Una de las causas principales de la ineficacia del control parlamentario, quizá la, más importante sea la ausencia de la diferenciación entre el órgano controlante y el órgano controlado. Esto es, entre el Congreso y el Gobierno. Esta situación es tan evidente que desde fuera del Derecho autores como Francisco Sagasti señalarán que, en realidad asistimos a un proceso de tácita fusión del Poder

---

371.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, op. cit., pág. 581.

Legislativo con el Poder Ejecutivo, traducido en la desaparición de todo tipo de control político del primero sobre el segundo<sup>372</sup>.

Para Sagües, las causas de la renuncia de la función de control por parte del Congreso son múltiples, pudiendo ir desde desinterés, pues es mucho más fácil no controlar que controlar, hasta la falta de independencia de algunos parlamentarios hacia el poder Ejecutivo que paradójicamente deben controlar, causada ya porque el Poder Ejecutivo ha influido en la nominación de diputados o senadores, ya porque presione directamente sobre ellos ya porque compre aquellas lealtades parlamentarias con futuros cargos públicos o beneficios de otra índole, o ya porque, simplemente, falte en ciertos congresales la fibra personal de ética, honrabilidad y valor para cumplir su misión institucional<sup>373</sup>.

Vinculado a este tema, no queremos también dejar de mencionar un grave problema cual es, la falta de claridad a la hora de establecer las competencias del Poder legislativo y del Poder Ejecutivo y de las relaciones entre el Congreso y del Gobierno. En efecto, no sólo es importante separar el poder según funciones y que mediante dicha vinculación recíproca, se aplique un sistema de correctivos y vetos, es también indispensable que los titulares de los tres poderes estén investidos de competencias distintas<sup>374</sup>. Sin competencias claras, la separación de poderes o de funciones del poder peligra, dejando paso para que el poder más fuerte, haga lo que quiera.

### 3.8.2.2. La subordinación al Gobierno del Ejecutivo

Un tema estrechamente vinculado al tema anterior, es el problema de la neutralización de control del Congreso por el Gobierno, a través de su mayoría parlamentaria, cuando ambas pertenecen a la misma agrupación política, problema que según la doctrina viene de la mano con el surgimiento de los partidos de masas en la lucha política. El problema es que el Congreso se convierte en un órgano que no genera sus propias decisiones, sino que éstas se generan en el órgano de decisión de ese gobierno de la mayoría que suele estar en el Poder Ejecutivo<sup>375</sup>.

---

372.- Francisco Sagasti y otros. Buen Gobierno y desarrollo en el Perú. Equipo de Trabajo del Proyecto "Agenda: Perú", Lima, julio de 1994, pág. 46.

373.- Sagües, Formas de gobierno..., pág. 77-78.

374.- Jorge Melo Vega, Control Parlamentario, En: La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco de Eguiguren Praeli, Cultural Cuzco S.A., 1987, pág. 503.

375.- Gregorio Peces Barba: El papel del Parlamento en la democracia española, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 15.

Este, mayor peso que han adquirido los partidos políticos, gracia a la disciplina que han sabido imponer sus líderes, han llevado al Congresos, desde un parlamentarismo flexible o de notables a un parlamentarismo de los partidos, donde las decisiones, no solamente las de las mayorías , como antes hemos dicho, sino incluso las de la oposición, se generan al margen del Parlamento<sup>376</sup>. Donde las decisiones ya han sido tomadas, y ya se sabe cual será el resultado de la votación en la elección en forma predeterminada. El parlamento se convierte ya no en el lugar donde se construye la decisión colectiva o donde se produce lo que Berlín Valenzuela denomina articulación pública de intereses, sino donde se realiza y se formaliza la voluntad del Congreso, previsible desde antes del debate muchas veces.

Como señala Rubio Llorente, el Parlamento propio del Estado con partidos políticos, ha dejado de ser una asamblea integrada por individuos aislados, átomos libres, para pasar a ser una cámara formada por grupos cohesionados fuertemente, cuya voluntad, una vez formada, se impone por término medio y en general a la de los individuos que los componen<sup>377</sup>. La conclusión es evidente, "La voluntad del Parlamento no es así el resultado de la deliberación, sino la formalización de la voluntad que la mayoría parlamentaria había formado ya antes de que éste se iniciase"<sup>378</sup>.

### **3.8.2. El objeto del control**

El objeto materia del Control Parlamentario es la actividad, la actuación del Gobierno, lo cual supone todas las funciones que ejercita el Gobierno desde la función administrativa, la propia función de decisión política hasta las propias facultades legislativas del Poder Ejecutivo, tanto en su atribución reglamentaria como en su facultad de expedir normas con rango de ley.

Como señala Gil Robles, sin actividad, sin la *posibilidad de variación* y, por tanto, de diferentes resultados no puede haber control, pues éste no tendría objeto<sup>379</sup>. En la perspectiva trazada por el autor antes mencionado, el **objeto** del control no sería otro que la **actividad que realiza en Gobierno**, el Poder Ejecutivo, en ejercicio de su función ejecutiva, de gobierno y de gestión de la cosa pública. Esta implicaría, todas las facultades que en principio le concede la primera Carta Política, así como las leyes --orgánicas-- o reglamentos correspondientes, donde se desarrolla o reglamenta este conjunto de atribuciones con los respectivas límites y obligaciones; así como aquellas actividades que este realice, excendiéndose en los marcos legales y constitucionales

---

376.- Gregorio Peces Barba, op. cit., pág. 16.

377.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 253.

378.- *Ibidem*.

379.- Gil Robles, op. cit., pág. 117.



mencionados. En ese sentido, un punto importante en esta parte, es definir los alcances de la actividad del gobierno. En principio, estaríamos hablando del Presidente de la República con todos los ministerios y órganos de cada sector ministerial, que tengan una relación de dependencia con los primeros.

Un rasgo que destaca del objeto del control parlamentario es la amplitud de iniciativa de objeto. Se señala amplitud de objeto en la medida que las atribuciones de control se extienden a toda clase de actos de la administración pública, y toda clase de funcionarios públicos y personas al servicio de la Administración Pública, etc. esto significa, toda una basta cantidad de funcionarios y de actos administrativos.

El otro punto, es la discusión en torno a si el Parlamento controla objetos que pueden ser normas emitidas por el Gobierno, o si el Parlamento controla órganos es decir al mismo gobierno. Diferentes autores entre los que destaca García Morillo señalan que el control jurídico se efectúa sobre actos (o sobre actividad) y el control político sobre órganos (u organización). Aragón por su parte toma posición y señala que esta afirmación sólo puede admitirse de modo muy general y aproximado. Este autor señala por su parte que "el control político no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder mismo, pero --y aquí marca distancia-- ese control lo puede realizar directamente sobre el órgano o **indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega**. Esta acotación es importante para el caso de los decretos de urgencia, pues nos permite salvar la aparente contradicción entre un control político que sólo revisa órganos y el control parlamentario de objetos como son los decretos de urgencia.

*"(...) cuando el Congreso de los Diputados controla un decreto-ley, está controlando, en realidad, al Gobierno que lo produce; a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico, que nunca puede ser entendido como control sobre el órgano: cuando el Tribunal Constitucional (o Tribunal Ordinario) controla una ley, o un decreto-ley o un decreto, no está controlando al Parlamento o al Gobierno, sino simplemente al derecho, desligado de cualquier significación o personalización orgánica"<sup>380</sup>.*

Según el mencionado autor, el "objeto inmediato del control político puede ser un acto político concreto, o una actuación política general e incluso una norma, como por ejemplo el caso de los decretos de urgencia, pero al controlar ese objeto lo que en

---

380.- Manuel Aragón, "El Control Parlamentario como control político", en: Revista de Derecho Político, núm. 23, primavera, Madrid, 1986, pág. 14.

realidad se está controlando, en realidad, es al Gobierno que lo produce<sup>381</sup>. En ese sentido, sin perder de vista, pues, la finalidad última de control político (control sobre órganos) su objeto inmediato puede residir tanto en la actividad general de un órgano, como en una actuación específica o en un acto político concreto<sup>382</sup>. Prueba de que se controla al órgano en última instancia, es que nada obsta para que, se pueda exigir la responsabilidad política.

Aquí nos encontramos ante uno de los orígenes de la discrepancia en torno a la presunta naturaleza jurídica del control parlamentario de los decretos de urgencia. Pues si se parte que los controles sobre normas son siempre propios del control jurídico y no del control político, se verán obligados por su propia premisa a señalar que el control parlamentario de los decretos de urgencia es un control jurídico, no obstante que el control de la norma lo realiza el Parlamento, que constituye un órgano político y con criterios políticos subjetivos de valoración<sup>383</sup>. Aquí, en el caso que aceptemos esto habría que preguntarse si un órgano político puede realizar un control jurídico o constitucional.

Finalmente, el control político **no recae necesariamente en actos ya objetivados**. Efectivamente, a diferencia del control jurídico de carácter preventivo, que ha de recaer sobre actos ya objetivados, el control político no exige tal objetivación para los actos o conductas sobre los que se ejercita, ya que éstos pueden ser proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso dicho control puede recaer sobre meros propósitos o simples intenciones<sup>384</sup> o incluso declaraciones. Por esta razón no encontramos problemas para aceptar un control político sobre normas como son los decretos de urgencia.

### **3.8.3. La finalidad**

La finalidad del control parlamentario será en última instancia, velar por el respeto a la voluntad del soberano, expresada a través por el Parlamento, si es que no a través de una consulta directa con el soberano. Efectivamente, el control parlamentario tiene como finalidad, "asegurar que la dirección política de la comunidad se adapte a las aspiraciones del titular de la soberanía, lo que a su vez comporta necesariamente el control de los representantes sobre la acción del Gobierno y la posibilidad de hacerle dimitir de sus funciones cuando se sitúen en evidente

---

381.- Aragón, op. cit., pág., 148.

382.- Ibidem, págs. 147-148.

383.- Ibidem, pág. 148.

384.- Ibidem, pág. 149.

desacuerdo con el Parlamento"<sup>385</sup>, dimisión que podrá efectuarse a través de diferentes mecanismos.

Desde la perspectiva del régimen parlamentarista, el control parlamentario será de carácter teleológico en la medida que su exigencia está conectada a un único fin que es asegurar la permanencia de la relación fiduciaria y hacer frente, mediante su canalización, a las disfuncionalidades que puedan emerger en la relación entre ambos órganos constitucionales<sup>386</sup>. Ahora, detrás de esta relación de confianza de encuentra la preservación de la voluntad del soberano. En efecto, el control parlamentario no constituye un fin en si mismo, sino --siguiendo a García Fernández-- que está al servicio de la efectividad de un principio constitucional básico cual es la relación fiduciaria o de confianza del Parlamento en el Gobierno<sup>387</sup>, que no es otra cosa, que el respeto o por la voluntad mayoritaria, es decir, por la voluntad del soberano, del cual el Congreso es no sólo su representante sino su intérprete.

*"...dado que los elegidos por el pueblo encarnan su voluntad, deben de vigilar la dirección escogida por la política del Estado a fin de mantenerla en la línea de lo que corresponde a lo querido por la colectividad nacional"<sup>388</sup>*

De conformidad con lo que señala Gil Robles, el control no se agota en la constatación misma. El control tiene siempre un aspecto teleológico o finalístico que consiste en lograr que la actuación se acomode a la norma, al modelo o ideal establecido como parámetro. La finalidad en síntesis estriba precisamente en evitar desviaciones<sup>389</sup>. Para Galeotti, la **finalidad** del control es el "resultado que objetivamente está en modo constante, es decir, en la ambivalencia positiva o negativa propia de todo control", estando constituido como "**la salvaguarda de principios, normas, intereses o, de modo más general, de valores que el controlante tiene, por oficio o en cuanto natural portador, el deber de tutelar**"<sup>390</sup>.

En otras palabras, la finalidad como ya la advertimos es que la actividad del gobierno en su conjunto responda y este de acuerdo con la voluntad y los intereses del soberano, voluntad esta última que tiene en el Parlamento su representación nacional, y en la Constitución, su principal explicitación y formulación. Esta adecuación, se expresa en la relación de confianza del Parlamento sobre el Gobierno, que como vimos

---

385.- Montero Gibert, *op. cit.*, pág. 36.

386.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 43.

387.- *Ibidem*.

388.- Montero Gibert. *op. cit.* pág. 19.

389.- Gil Robles, *op. cit.*, pág. 38.

390.- Galleoti, Serio. "Introduzione alla Teoría de i Controlli Costituzional. pág. 67 y ss, recogido por Melo, *op. cit.*, pág. 516.

se puede dar de diferente manera en un gobierno presidencialista a través de la "confianza atenuada" y de la "responsabilidad política difusa". En ese sentido, si tenemos presente, que el Parlamento no es otra cosa que un órgano representativo, en teoría, la Confianza del Parlamento es la confianza del electorado, del soberano en el Gobierno, en sus gobernantes, por eso es que constituye un tema sumamente interesante, la discusión acerca del criterio o del parámetro con el cual el Parlamento va a comparar o confrontar la acción y la actividad del Gobierno.

#### **3.8.4. El parámetro del control parlamentario**

Decíamos que el control parlamentario del Gobierno era, la actividad parlamentaria encaminada a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación y a la verificación de la adecuación de la actividad del Poder Ejecutivo a los parámetros establecidos por el Parlamento<sup>391</sup>. El problema entonces que se nos presenta es la determinación y delimitación del canon o parámetro con el cual se va a comparar o confrontar la actuación del gobierno. Dependiendo de ello se definirá si estamos ante un control político o jurídico.

El tema del parámetro del control parlamentario es otro de los temas cruciales en el debate del control parlamentario este tema. De la opción que asumamos dependerá toda una serie de consecuencias sustantivas que nos llevará a suscribirnos a una línea teórica específica. El tema de fondo es cuál es el parámetro del control político que realiza el Congreso. Como ya sostuvimos, de la misma etimología de la palabra control resulta que uno de los elementos esenciales es la constatación o comprobación de si el acto controlado se ajusta o no a la norma, modelo, o ideal establecido como parámetros. Sin embargo, lo más importante es que el control consiste siempre en este juicio comparativo, en esta actividad de medida dirigida a comprobar hasta que punto se ajusta la actuación controlada al parámetro previamente establecido.

En sentido estricto podríamos hablar de hasta tres parámetros: a) la Constitución y las leyes, b) la voluntad del electorado y el c) propio y libre criterio subjetivo del Parlamento, el cual no siempre coincide con el anterior. Asimismo, el criterio subjetivo del Parlamento es en realidad más que un parámetro, es un "no parámetro". En efecto, habría que preguntarse hasta que punto se puede hablar de un parámetro del control político cuando este no existe. Habría que en forma paradójica señalar que el **parámetro es el que no existe**. En sentido Aragón relativiza la pertinencia del concepto parámetro. Sólo en sentido muy amplio cabe hablar, propiamente, en este tipo de control, de canon o parámetro, pues su carácter

---

391.- *Ibíd.*, págs. 35 y 36.



subjetivo le otorga una tal variación, indeterminación y libertad que difícilmente puede asimilarse dicho parámetro a la noción de regla, modelo o norma<sup>392</sup>.

Esto no obsta para que en algún momento puedan coincidir los tres. En efecto, estos parámetros no necesariamente serán incompatibles y menos aún excluyentes. La voluntad del soberano cuyo representante e intérprete es la Representación Nacional (el Parlamento) es propia del control político, y el segundo criterio sería el de la legalidad y constitucionalidad de las acciones del gobierno, propio del control jurídico y de los órganos jurisdiccionales.

Los que optan por el control de la constitucionalidad, es decir hacer de la Constitución el canon de control, lo hacen invocando la noción de garantía constitucional que le correspondería al Parlamento, y que implicaría el restablecimiento de la normalidad constitucional. Esta misma posición es asumida por Berlín Valenzuela, cuando señala que en la función de control "se hace referencia al significado del inspección, fiscalización, comprobación, revisión o examen que lleva a cabo el parlamento sobre la actividad que realiza el ejecutivo, con la finalidad de verificar que ajusta sus actos a las disposiciones establecidas en la ley"<sup>393</sup> En ese sentido, "el concepto de control parlamentario...supone uno de los elementos constitutivos de la función de garantía constitucional del parlamento"<sup>394</sup>. Cabría entonces definir a la garantía constitucional como "el instrumento de tutela asignado a un órgano con el objeto de asegurar la conservación de la Constitución o la regularidad de las acciones y de los actos de otro órgano"<sup>395</sup>.

García Fernández señala que la relación de confianza entre el Gobierno y el Parlamento es igualmente política porque descansa en un parámetro valorable de oportunidad (cuales el programa de gobierno), no obstante que este se renueva con instrumentos y procedimientos jurídicos (los diversos instrumentos parlamentarios de control) y tiene como trasfondo la responsabilidad<sup>396</sup>. En esta misma línea se afirmará que, el programa de gobierno a su vez, constituye o expresa la voluntad popular mayoritaria en última instancia, criterio o tópico con el cual se va a comparar la acción del gobierno, acción del gobierno que obviamente tiene que estar encuadrada en la Constitución Política. Esta misma idea es compartida por un sector representativo de la doctrina italiana. Tenemos por ejemplo a Andrea Manzella quien señala comentando los artículos 99 apartado 2 y 108 de la Constitución Española<sup>397</sup>,

---

392.- Montero Gibert. El Control Parlamentario, Tecnos, 1984, pág. 131. *ibidem*.

393.- Francisco Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 139.

394.- García Morillo y Montero Gibert, op. cit., pág. 33.

395.- *Ibidem* . .

396.- García Fernández, op. cit., pág. 42.

397.- La Constitución Española en su artículo 99º, apartado 2 señala que, "2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso

que "la medida de referencia del control parlamentario es el programa sobre el que se haya establecido la relación de confianza con el Gobierno"<sup>398</sup>.

García Fernández agrega desde la perspectiva de los gobierno parlamentaristas, el parámetro de control parlamentario no es otra cosa que el objeto que motivo la confianza del Parlamento en el gobierno, es decir aquel conjunto de conceptos, ideas, objetivos, acciones que en conjunto constituyen el programa del gobierno, que motivó la confianza del Parlamento<sup>399</sup>. Por ello, Gil-Robles afirmará que la confianza no se dirigirá primordialmente a hacer efectiva la responsabilidad política del gobierno, sino todo lo contrario, a renovar la confianza del Parlamento en las orientaciones de la acción política del gobierno<sup>400</sup>. En ese sentido, el control no debe tener como finalidad censurar al órgano o persona controlada, sino, ayudarle a mantenerse en la línea trazada. La idea entonces es, proponerse ante todo ayudar al órgano controlado a mantenerse dentro de la normativa constitucional y de los parámetros establecidos. Esta última teoría adolece de algunas dificultades, sobre todo cuando nos movemos en un régimen presidencial de separación rígida de poderes, donde no hay investidura, específicamente cuando la composición y extracción política de la mayoría parlamentaria es distinta a la del gobierno. Esto es, cuando el gobierno no tiene mayoría en el Parlamento, y en consecuencia, el programa del gobierno sea distinto al programa del grupo mayoritario del Parlamento. En ese caso, el parámetro de control del Congreso no será el plan de este último.

Desde la perspectiva del parámetro subjetivo, es posible y de hecho se utiliza el plan de gobierno como parámetro del control parlamentario, plan que en última instancia fue objeto de una consulta popular. Sin embargo, no podemos dejar de recordar que, el plan de gobierno tampoco es un parámetro rígido e inmutable. Este varía, año a año el gobierno lo puede ir cambiando según como vaya reaccionando la economía y la situación política. El plan de gobierno se irá pues reformulando. Sobre el particular, el italiano Mazella ha sostenido que "el enjuiciamiento-control del Gobierno se desvía continuamente desde el parámetro programático, establecido en el momento del voto de confianza (plan de gobierno) hacia parámetros que las fuerzas políticas crean continuamente *in itinere* con la evolución de la coyuntura"<sup>401</sup>. Esto, nos aparta de un criterio objetivo y jurídico y nos acerca a un criterio sumamente subjetivo, criterio que se ira moldeando y reelaborando conforme el gobierno vaya desarrollando

---

de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitara la confianza de la Cámara.

398.- Andrea Mazella, Las Cortes en el Sistema constitucional Español, en: La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Pedrieri y. García Enterría, 2 edición, Civitas, Monografía, Madrid, 1998, pág.510.

399.- García Fernández, op. cit., pág. 43.

400.- Gil-Robles, op. cit., pág. 215.

401.- Andrea Mazella, op. cit., págs. 511-512.

su plan de gobierno y el propio desarrollo de la coyuntura política. Como agrega Manzella, "El objeto de este control será pues más que un control sobre la gestión, un juicio sobre la capacidad de adaptación y de iniciativa del Gobierno respecto a los nuevos elementos de la realidad política"<sup>402</sup>.

Una posición mixta entre el control político y el control jurídico es la levantada por Fernando Santaolalla, para quien "el control parlamentario tiene como parámetro de referencia los grandes principios o valores de la Constitución y el programa político de Gobierno, sobre el que gira la relación de confianza, pieza basilar de toda la vida parlamentaria"<sup>403</sup>. Si bien los principios del derecho constituyen los grandes inspiradores del ordenamiento jurídico, si, su interpretación se hace difícil y hasta discutible para los mismos abogados por la ausencia de positivización en algunos casos, mayor dificultad existirá en el caso de personas ajenas al derecho y a la doctrina constitucional.

Más allá del contenido concreto que podríamos acoger, una cosa que si nos queda clara para el caso del control parlamentario de naturaleza política, es que este está caracterizado por la libertad de canon, por la libertad de juicio, por su amplitud, flexibilidad y elasticidad. Y decimos esto, porque en materia política nos movemos en un terreno donde los temas son opinables, discutibles y por ende sumamente subjetivos, dentro de ciertos límites claro está; y donde se deciden las cosas dentro de los cauces legales por aquel que tiene la fuerza y el poder suficiente, poder que se expresará en votos.

Regresando al punto, debemos señalar que los debates sobre la responsabilidad política del gobierno en el Congreso son ante todo "valoraciones sobre la pertinencia de los objetivos que se ha fijado y sobre la procedencia de los medios puestos en práctica para lograr aquellos"<sup>404</sup>. A continuación señala "Legitimadas por su poder político y formalmente ajustadas a derecho, las decisiones y actuaciones gubernamentales no pueden considerarse con criterios de legalidad, puesto que no se ha vulnerado norma jurídica alguna, sino que han de juzgarse por el órgano representante de la soberanía popular sobre la base de su *oportunidad y acierto*. De ahí los parámetros políticos que utiliza el Parlamento para valorar la acción gubernamental y sustituirla, en su caso, por otra más acorde con su voluntad"<sup>405</sup>.

#### 3.8.4.1. La naturaleza del pronunciamiento del Congreso: La valoración del Congreso y el parámetro subjetivo del control político

---

402.- *Ibidem*.

403.- Fernando Santaolalla, *Derecho Parlamentario Español...*, pág. 200.

404.- Montero Gibert. *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 130-131

405.- *Ibidem*, pág. 131.

Los que sostienen que el control del Congreso es Control Jurídico señalan que "el juicio del Parlamento o de los Parlamentarios sobre el Gobierno o sobre sus actos es un juicio de naturaleza jurídica"<sup>406</sup>. Es decir, que se trata de un control jurídico no sólo porque está previsto por el derecho, o porque lleva aparejada una sanción o porque precisamente no la lleve aparejada, cuestiones que hemos cuestionando, sino, además, **porque es jurídica la valoración que en el control se hace**. Para sostener tal afirmación acuden al argumento de que el parámetro de control es fijo y predeterminado, porque lo componen "la Constitución y los reglamentos de las Cámaras y las leyes" (que son normas jurídicas) o los "valores constitucionales y el programa del Gobierno", que son todos ellos cánones fijos y establecidos<sup>407</sup>.

Esta postura es cuestionable pues, ni el programa del Gobierno ni los **valores constitucionales "políticamente" apreciados son parámetros jurídicos**, ni la interpretación que el Parlamento haga de las normas de derecho cuando las utilice como canon de adecuación otorga a tal valoración un carácter objetivado, ni, por último, esos son los únicos elementos que componen el parámetro en el control parlamentario<sup>408</sup>. Tal parámetro es, por principio, de composición libre y su base principal radica en la pura y simple voluntad del agente de control. Como señala Aragón, "No creo acertado, pues, aunque se busque apoyo en la discutible teoría de Mazella de la función de garantía constitucional del Parlamento, sostener que el control parlamentario consiste en la comprobación de la adecuación de la actividad del ejecutivo a los parámetros establecidos por el ordenamiento constitucional y por las propias Cámaras"<sup>409</sup>. En el control parlamentario no hay parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario. Son los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro como la formulación del juicio valorativo o de adecuación"<sup>410</sup>. Según Gil Robles, "las Cortes Generales...ejercen un control que, a diferencia de los encomendados a otros órganos, es básicamente de oportunidad, no de legalidad"<sup>411</sup>.

Como señalan los hermanos Alonso de Antonio, el patrón a utilizar no puede ser un criterio exclusivamente jurídico, sino un elemento volitivo, de apreciación subjetiva, que valore sin sujeción a normas rígidas el comportamiento del ejecutivo.

---

406.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 163.

407.- Fernando Santaolalla, Derecho Parlamentario Español, Madrid 1994; García Morillo, El Control Parlamentario del gobierno en el ordenamiento español, Madrid, 1995, págs. 60-63, 84-90. Citados por Manuel Aragón, op. cit., pág. 163.

408.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 164.

409.- García Morillo, El control parlamentario del gobierno. pág. 298. Citado por Manuel Aragón, op. cit., pág. 164.

410.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 164.

411.- Gil-Robles, op. cit., pág. 101.



Aparece tan claro el predominio del factor político en el control parlamentario que incluso los defensores de su carácter jurídico reconocen que en su ejercicio el Parlamento "no tenga que ajustarse al principio de legalidad que está reservado para los órganos jurisdiccionales, sino que se produce sobre la base de criterios de oportunidad política libremente valorados por el Parlamento"<sup>412</sup>.

El fundamento del principio del control político en base a la oportunidad y a la conveniencia, se encuentra en la responsabilidad política del sujeto controlado, y más específicamente en la libertad del sujeto controlado. Habría que decir que, el principio de oportunidad y de conveniencia también está presente al momento que el Gobierno -un órgano tan político como el Congreso-- adopta decisiones políticas, pues lo hace en base a consideraciones de oportunidad y de conveniencia. Quien no tiene capacidad de libre decisión, quien recibe órdenes, no tiene responsabilidad política. Podrá tener otro tipo de responsabilidad penal, etc, pero política no. En ese sentido compartimos lo sostenido por Fernando Santaolalla, para quien el fundamento del principio de oportunidad estaría en la noción de responsabilidad política<sup>413</sup>.

Gil Robles será uno de los autores más categóricos y tajantes en señalar aquello que aquí estamos señalando. Para él, "El control será por tanto, un control de oportunidad; puesto que deben excluirse los controles de legalidad, reservados a los Tribunales, queda a las Cortes Generales el campo de la oportunidad, la facultad de examinar el fondo de las normas legislativas de desarrollo y velar por su adecuación al interés general expresado en la propia ley-marco. Esta actúa, por tanto, como parámetro, con la limitación de que su fijación del interés general no puede descender al detalle, sino que ha de quedarse en el nivel de los "principios, bases y directrices"..."<sup>414</sup>.

El problema con el parámetro subjetivo del control político es que el parámetro es tan elástico que de alguna manera puede devenir en arbitrario, aspecto que podría ser objeto de críticas. En efecto, la no-existencia de parámetros o cuando estos son sumamente elásticos cuestiona la propia noción de parámetro, pues sin el previo establecimiento de unos parámetros, tampoco es posible controlar, pues la comparación o constatación exige siempre en primer término de referencia cuando más claro e inequívocamente definido mejor. No obstante, para autores como Gil-

---

412.- *Ibíd.*

413.- Según este "Lo que tipifica un sistema parlamentario es que el Gobierno, para poder ser designado y para poder actuar necesita de la confianza de las Cámaras o lo que es lo mismo, que responde políticamente ante ellos. Existe responsabilidad política porque el Parlamento puede juzgar sobre la oportunidad y conveniencia de la actuación gubernamental...". Fernando Santaolalla López, *Derecho Parlamentario Español*, Editora Nacional de Madrid, 1984, en nota 6 al capítulo I, pág. 1086..

414.- *Ibíd.*, págs. 70-71.

Robles, de alguna manera el control es incompatible, por tanto, con la arbitrariedad y con la absoluta discrecionalidad<sup>415</sup>. En palabras de Santaolalla, "Pueden ser muy diversas las manifestaciones que pueden someterse a la verificación. En todo caso, todas ellas deben tener un parámetro de referencia, integrado por una serie de valores o principios que quiera protegerse..."<sup>416</sup>. No le falta razón a esta crítica, sin embargo, la realidad de la práctica parlamentaria nos demuestra que cuando el Congreso controla al gobierno, no está arreglado a ningún criterio específico, no está ajustada a derecho sino a la fuerza que tener la mayoría de los votos. Incluso no tiene reparos en violar la Constitución a través de interpretaciones antojadizas y en nuestro caso, aprovechando que no está disponible la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Existe un aforismo conocido que decía que "salvo convertir un hombre en una mujer el Parlamento puede hacer todo", de alguna manera nos permite entender, que cuando hablamos del fenómeno del poder, aún cuando hagamos previsiones legales, se impone la fuerza del principio de que las decisiones se toman por mayoría en última instancia. Por esta razón, aún cuando intentemos establecer determinados límites, y aún cuando esto sean importante y cumplan su misión a un nivel, no existe límite alguno, para quien posee la fuerza de los votos para doblegar una decisión se ajuste o no a lo parámetros establecidos, en todo caso, nadie le puede cuestionar sus decisiones hasta que el Tribunal Constitucional no le corrija la plana.

#### 3.8.4.2. La disponibilidad del parámetro de control: Los criterios de valoración

El parámetro del control jurídico está formado por normas de derecho que resultan indisponibles para el agente que realiza el control, por su evidente naturaleza vinculante. Le guste o no, esta de acuerdo o no, tiene que aplicarlos, de lo contrario se lo puede acusar de prevaricato o de incumplir la ley. Como señala Manuel Aragón, un parámetro jurídicamente objetivado, y, en consecuencia, indisponible y preexistente<sup>417</sup>. Muy por el contrario, el "carácter subjetivado del control político supone, exactamente todo lo contrario: parámetro no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente<sup>418</sup>.

Aquí habría que hacer un reparo, y es que tampoco se trata de que los jueces son simples aplicadores de la ley. Los jueces no son simples y mecánicos aplicadores de la ley al caso concreto, tal como lo sostenía Montesquieu. En efecto, para este autor, los jueces eran seres inanimados por cuya boca hablan las palabras de la ley, seres

---

415.- *Ibíd.*

416.- Santaolalla, *op. cit.*, pág. 199.

417.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 150.

418.- *Ibíd.*

inanimados que no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley. Dentro de esta concepción originaria, la jurisdicción no era más que la labor desarrollada por un órgano estatal para la simple aplicación de la ley al caso concreto, a través de jueces que eran la "boca por la que habla la ley"<sup>419</sup>. En la actualidad, dicha concepción ha dado paso, a nuevas concepciones, que atribuyen a los magistrados una actividad de creación y de construcción jurídica a partir del cuerpo normativo vigente. Así se señala, que la jurisdicción "es la función creadora de derecho para el caso concreto mediante juicio por órganos imparciales, donde derecho será aquello que aprueben los jueces con la autoridad que socialmente les es reconocida como poder"<sup>420</sup>.

*"...la valoración de la conducta del órgano controlado se hace atendiendo a su adecuación, no a reglas fijas, sino, en el fondo, a la libre voluntad del agente controlante. Basta con que la actuación del poder no le parezca "oportuna al agente de control; no goce, simplemente, de su "confianza" -- no necesariamente en regímenes parlamentarios--"*<sup>421</sup>.

Esta indeterminación hace que, incluso pueden formar parte del parámetro del control parlamentario la propia constitución y las leyes, sin embargo, ella no tendrá fuerza vinculante sino referencial e ilustrativo. Es por eso que el profesor Melo señalará que, el control político es una institución que se diferencia de los demás controles, sobre todo porque el encargado de ejercerlo no está sujeto exclusivamente a la verificación de la legalidad del acto jurídico de acuerdo con las leyes y reglamentos en vigor, sino que es también un control de oportunidad donde se verifica

---

419.- Luis Marcelo de Bernardis, La garantía del debido proceso, Cultural Cuzco, Lima, 1995, pág. 95.

420.- Juan Montero Aroca, Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 20. Por otro lado, sobre este punto, Carlos Sachica llegará a sostener con fundamento que "el proceso es jurisdiccional, pero es ejercicio de poder político, en el sentido montesquiano de freno y contrapeso de las otras ramas del poder". Dicho autor explica que, "Si bien la función del juez de la constitucionalidad sigue siendo ejercicio normal y ordinario de la función judicial, jurisdiccional, es preciso también admitir que la labor interpretativa tiene carácter decisorio, y en consecuencia es ejercicio de poder político. Toda sentencia parte de la norma superior; ella contiene o pone unos hechos condicionantes de los actos que la concretan o aplican; pero estos envuelven, quiérase o no, una evaluación, un juzgamiento, una valoración y, por tanto, una apreciación subjetiva del juez, en que este inserta en su decisión los valores culturales, políticos, sociales, económicos en que cree, o que acepta como necesarios --su idea de lo bueno y lo malo, lo conveniente o inconveniente, lo oportuno e inoportuno--, injertando un forzoso matiz político en su decisión. (...) En ese sentido, la interpretación judicial es creadora de derecho en la cadena normativa que integra el orden jurídico al ponerlo en acto y ejercicio de un poder, que a la larga es poder político". Luis Carlos Sachica, El control de la constitucionalidad y sus mecanismos, 3 edición, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág. 35.

421.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 150.

la actuación de acuerdo a los hechos y no a derecho, lo que permite una actividad mucho más amplia y eficaz"<sup>422</sup>.

Piénsese por ejemplo, en el caso de los decretos de urgencia, puede darse el caso que un decreto de urgencia sea perfectamente constitucional, y sin embargo, el congreso puede derogarlo o modificarlo.

Este punto tiene que ver de alguna manera con la característica de elasticidad del control parlamentario. Efectivamente, tiene que ver con el criterio que Jellinek denomina "necesidad política". La necesidad política desempeña un papel relevante como motor de la definición del parámetro del control parlamentario. Como este autor sostiene, "Las auténticas fuerzas políticas se mueven según sus propias leyes, actuando con independencia de cualesquiera formas jurídicas"<sup>423</sup>. De allí que la constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad; esta constante evolución hace que se implanten, por la misma necesidad política, nuevos moldes o esquemas de interrelación entre los órganos que permiten darle mayor viabilidad al Estado moderno<sup>424</sup>.

#### 3.8.4.2.1. Parámetro del Control Parlamentario de la mayoría

Habría dos situaciones que aquí se pueden presentar, una es cuando la mayoría parlamentaria pertenece a la misma organización política que el Gobierno, y otra cuando esto no sucede.

El plan de gobierno que este ha presentado ante el Gobierno y que ha merecido la confianza mayoritaria del Pleno del Congreso, constituye uno de los principales referentes del Control Parlamentario que la mayoría parlamentaria vinculada al gobierno, al momento de realizar el control parlamentario, sobre todo, para responder y neutralizar el control que la oposición puede hacer. Y no le falta razón porque el plan de gobierno de alguna manera encarna la voluntad general, por debajo de la Constitución Política, pero por encima del plan de gobierno de los grupos minoritarios, que no fueron objeto de apoyo y respaldo electoral.

En todo caso la mayoría siempre invocará ser la real representante y vocera de la mayoría de la población, razón por la cual, utilizando su mayoría de los votos hará de su parámetro será "el parámetro".

---

422.- Jorge Melo, op. cit., pág. 515-516.

423.- Jellinek Georg. "Teoría del Estado". pág. 97. Citado por Jorge Melo, op. cit., pág. 513.

424.- Jorge Melo, op. cit., pág. 513.



Sin embargo, no constituye una ley ineluctable que siempre la mayoría parlamentaria va a impedir el control del Gobierno. Estas no es una ley, ni una afirmación general. La destitución de Carlos Andrés Pérez y de Collor de Melo en Venezuela y Brasil, fueron fundamentalmente gracias a procesos donde el Congreso tuvo una activa y destacada participación. Incluso, en el caso venezolano es importante resaltar que, "a pesar de tener el partido del Presidente (de la República) mayoría en ambas cámaras, esto no impidió que los legisladores de Acción Democrática facilitarían el proceso constitucional, absteniéndose de votar. No condenaron a su ex-jefe, pero tampoco lo encubrieron. Todo un ejemplo, que sería saludable que se imitara en otras democracias del continente"<sup>425</sup>.

#### 3.8.4.2.2. Parámetro del Control Parlamentario de la oposición o de la minoría

El parámetro de control de la oposición por el contrario, no podrá ser por obvias razones el plan del gobierno del partido instalado en el gobierno y con mayoría en el Congreso, pues no sólo no está de acuerdo con ella sino muy posiblemente debe haber combatido durante la campaña electoral dicho programa y a su portador, situándose en las antípodas del poder. Sería un poco contradictorio en todo caso que esto sucediera.

Esta pregunta no es caprichosa, si tenemos en cuenta que más allá de la normatividad legal, quien verdaderamente tiene la iniciativa y empuja el control parlamentario del gobierno es la oposición, y creo que esto es una constante en todos los sistemas políticos donde el gobierno tiene mayoría --y control-- en el Congreso<sup>426</sup>. Ante la carencia de mayoría de los votos, y de apoyo popular, sobre todo en los inicios del gobierno recientemente elegido, el parámetro de la oposición será la Constitución Política básicamente. La opinión pública recogida en las encuestas y en diferentes instrumentos se podrá convertir en parámetro conforme se vaya desgastando el gobierno, y el apoyo popular se vaya perdiendo, y tornándose crítico al gobierno. La explicación es sencilla, como la minoría no tiene la fuerza de los votos necesarios, apela a la "fuerza" del derecho, apelando a una suerte de metatexto o un metadiscurso (La Constitución), que cuya validez, y más aún, cuya vinculabilidad no es discutida. Así se presentan las cosas como un enfrentamiento entre la Constitucionalidad y la arbitrariedad, entre la fuerza de la razón y la razón de la fuerza, expresada en mayoría de votos. En ese sentido, será común disfrazar de inconstitucionales e ilegales las decisiones políticas o las políticas que no se ajustan a

---

425.- Arturo Pellet Lastra. El Poder Parlamentario. Su origen, apogeo y conflictos. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 347.

426.- Todos sabemos que la mayoría oficialista antes que controlar al Gobierno, lo que hace es neutralizar y frenar los esfuerzos de la oposición por controlar al gobierno, o en todo caso, si es que estos prosperan, defender al gobierno y en muchos casos absolver y responder las preguntas que se hacen al gobierno.

su parámetro de control. Con el tiempo el poder del gobierno deja de tener respaldo mayoritario y se convierte en simple fuerza y poder "desnudo" de consenso y en consecuencia de cierta legitimidad política.

#### 3.8.4.2.3. El Parámetro "debería ser" la voluntad del soberano: Una concepción de control inclusiva del soberano en su calidad de titular del control parlamentario

Un tema de crucial importancia también es el lugar que ocupa la manifestación de la opinión pública, de la colectividad nacional en el control parlamentario. En otras palabras, ¿Constituye la voluntad colectiva, parámetro del control parlamentario de los decretos de urgencia?, ¿Cómo se formaliza y se fija?, Existe una sola voluntad colectiva?, etc. Aquí está otra de las diferencias entre el control político y el control jurídico, este último incapaz de incorporar la voluntad del soberano.

Ante estas interrogantes, debemos preguntarnos si la voluntad de la colectividad nacional, del soberano finalmente sólo se manifiesta en la Constitución Política y en el Plan de Gobierno del partido que ha ganado las elecciones para acceder al gobierno. Fuera de estos dos momentos el soberano queda inerte o se disuelve tal vez. Estimamos que no. Piénsese por poner un ejemplo en los derechos políticos de los ciudadanos consagrados en la Constitución, derechos de elección, revocatoria o remoción de autoridades, iniciativa legislativa y de referéndum, tal como lo señala el art. 2º numeral 17 de nuestra Primera Carta Política.

Estimamos que la opinión y los intereses de la colectividad nacional no desaparece ni se mantiene inerte, durante el tiempo que transcurre entre un proceso electoral y otro. Existe una sociedad que va construyendo una opinión y una voluntad, y va tomando posición ante los diferentes hechos y sucesos que van ocurriendo en el seno de la colectividad nacional y del país, voluntad que con sus matices y diferencias debe tenerse presente al momento de realizarse el control parlamentario. Y consideramos que aún cuando no puede dejarse de reconocer la dificultad que existe para su fijación, delimitación y formalización con claridad, debe tenerse en cuenta a la hora de realizarse el control parlamentario. Piénsese en las marchas políticas por las calles, en las encuestas, en los pronunciamientos de los gremios laborales, empresariales, profesionales, de los sectores organizados y de la comunidad académica y universitaria, ante actos por ejemplo de corrupción frente a los cuales la opinión pública exige que se investigue y que se sancione a los responsables políticos.

No en vano sosteníamos que, la idea del control parlamentario será entonces asegurar que **la dirección política de la comunidad se adapte a las aspiraciones del titular de la soberanía**, lo que a su vez comporta necesariamente el control de los

representantes sobre la acción del gobierno<sup>427</sup>. Más allá de los canales concretos que pueda tomar la relación con la población y el electorado por parte de la representación nacional, lo importante es señalar que importa siempre recoger la opinión pública y tenerla presente a la hora de tomar determinadas decisiones vinculadas con el control parlamentario de la acción del gobierno, más aún si lesionan o van contra los intereses y demandas del electorado, titular originario y fuente de la soberanía. Así, estimamos que, la Constitución, las leyes y el plan de gobierno del partido ganador de las elecciones, no serán los únicos y exclusivos portadores de la voluntad del soberano.

El control parlamentario supone entonces, la verificación de que la actuación del órgano gubernamental se ha adecuado al parámetro de control político del Congreso, el cual debería **ubicarse** dentro del marco de la Constitución y el ordenamiento legal, y **expresar** la voluntad de la soberanía popular representada en diferentes formas una de las cuales es el Parlamento, pero no sólo ahí. Puede ser el Plan de Gobierno del Presidente de la República objeto de confianza por parte del Congreso, etc. Si se quiere, la voluntad popular mayoritaria de la cual los parlamentarios son sus representantes, es una voluntad que en ningún momento puede exceder o ir contra los preceptos constitucionales o legales, que al final de cuentas no son otra cosa que expresión de la propia voluntad de los representantes de estos en el Congreso, razón por la cual no podrían por lógica contra sí mismos.

Esto no significa que la Constitución no pueda ser parámetro del control parlamentario, pues esta, al emanar directamente de la voluntad popular, es decir del poder constituyente, también constituye un elemento importante del control parlamentario. Lo que hay que diferenciar es que, una cosa es que la Constitución constituye parte del parámetro del Control Parlamentario, y otra cosa muy diferente es que el Congreso, este encargado de la realización de un control de constitucionalidad (Declarar formalmente la inconstitucionalidad de una ley), situación que no sucede en el caso del control parlamentario. Y no sucede porque el Congreso no constituye un órgano idóneo para realizar el control de la Constitucionalidad de las normas expedidas por el gobierno, por la cantidad de intereses que representa, y en función de los cuales fue elegido. Asimismo, porque está compuesto de personas alejadas del derecho, que no cuentan con instrumentos conceptuales, técnicos ni teóricos necesarios e indispensables para realizar una correcta interpretación de la Constitución.

Lo que existe es una apreciación "libre" y política de la Constitución Política, y es interpretación política, básicamente porque la interpretación de ella la realiza un órgano político, carente de todo requisito de independencia e imparcialidad. Jamás el Congreso va a declarar la constitucionalidad de una norma en los mismos términos que

---

427.- Morillo Gibert, *op. cit.*, págs. 35 y 36.

lo realiza el Tribunal Constitucional. Para eso está el artículo 203 inciso 4 de nuestra Carta Política. Sin embargo, al final no podemos dejar de reconocer que el criterio o parámetro de control **no es la voluntad de la colectividad nacional sino la percepción de la voluntad del pueblo que tenga el o los congresistas**. Como señala Rubio Llorente, la finalidad del control sí es la de someter la actuación del órgano controlado a la decisión de una voluntad popular, la del pueblo, a la que quiénes ejercen el control atribuyen (o proponen) como contenido, el de su propia voluntad<sup>428</sup>.

Aún cuando el parámetro del control político es subjetivo y en consecuencia libre, sin constituir una obligación jurídica, debería el Congreso tener presente en todo momento la voluntad mayoritaria de la colectividad nacional de la cual son aquellos representantes, a la hora de realizar el control parlamentario.

La idea de la representación sobre la cual descansa la institución parlamentaria, consiste precisamente en que, un número de personas con interés semejante convenga en encargar o autorizar a otra para que, en nombre o en lugar de quienes le nombran, exprese el parecer de quienes le nombraron; es decir, para que los represente; de esta manera el representante es un mandatario, porque obedece al mandato del grupo que lo escogió o aceptó para expresar sus intereses<sup>429</sup>, (sin embargo, como sabemos el mandato de los congresistas no es imperativo sino representativo). Son elegidos para encarnar y representar a la comunidad nacional, no son una institución delegativa sino representativa, razón por la cual, el Congreso, no debe renunciar a su función de articular intereses públicos<sup>430</sup>. Por eso es que tanto se insiste, en que la primera función del parlamento es la de convertirse en la voz del pueblo. Esta responsabilidad requiere no sólo el reiterar las demandas de los representados, sino más bien el considerar si ellas están expresadas en forma adecuada para lograr que los demás sectores de la comunidad la admitan, reconozcan la necesidad de su realización y la apoyen en el debate<sup>431</sup>.

*"El control político como de un medio eficaz de interrelación entre los poderes; si bien los órganos del Estado gozan de autoridad en el cumplimiento de sus funciones, el ejercicio democrático exige mayor participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, situación que en los sistemas constitucionales vigentes no significa otra cosa que los*

---

428.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 248.

429.- Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 130.

430.- *Ibíd.*

431.- *Ibíd.*, pág. 132.



*representantes conozcan y decidan sobre las actividades y políticas que plantean los gobernantes de turno*"<sup>432</sup>.

Es importante recalcar la idea acerca de la cual, el pueblo titular de la soberanía conoce a través del Parlamento la cosa pública. Esto supone hacerlo participe con las limitaciones que todos conocemos, al pueblo en el proceso de control parlamentario del Gobierno. En cambio, plantear la función de control como la simple verificación y la comprobación acerca de si los actos del gobierno se ajustan a lo establecido en la ley y a la Constitución, supone asumir una perspectiva muy limitante y castrante de la participación popular, que coloca el pueblo y al conjunto del electorado en una situación pasiva, expectante, no obstante ser los titulares de la soberanía, quienes ejercen soberanía a través de sus representantes.

#### 3.8.4.3. El parámetro en el caso de los decretos de urgencia

El análisis de los decretos de urgencia será realizado a partir del cuarto capítulo, sin embargo, sobre este punto adelantaremos lagunas ideas que luego se entenderían con mas dificultad. En el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia sucede por ejemplo que se busca disfrazar o esconder una decisión sobre la base de razones políticas mediante argumentos jurídicos o constitucionales. En ese sentido, Aragón señala que, "para formular esa inoportunidad o desconfianza se acuda también, en el razonamiento o en la motivación con que se le presenta, a presuntos incumplimientos de reglas o programas, es algo enteramente secundario y que no afecta a la cuestión primordial: la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio"<sup>433</sup>.

Esta afirmación también es valida incluso para aquellos casos en que el ordenamiento alude a un canon normativo como es por ejemplo el caso de los decretos de urgencia en nuestro ordenamiento. En estos casos, y en todos aquellos en que el agente de control haya de juzgar no sólo la oportunidad política de la actividad sometida a su fiscalización, sino también "formalmente" la adecuación constitucional o legal de la misma, "sigue habiendo libertad de valoración y sigue habiendo pues, parámetro enteramente disponible"<sup>434</sup>.

Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente más aún si no todos ni siquiera la mayoría tienen formación jurídica. A diferencia de la judicial, su interpretación es

---

432.- Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 514.

433.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 150.

434.- *Ibidem*, pág. 151.

enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con un método jurídico<sup>435</sup>.

En el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia en nuestro ordenamiento jurídico, la Comisión de Constitución emite dictamen, previo informe de una Subcomisión ad hoc compuesta de tres miembros. La incertidumbre puede surgir entonces es acerca de la naturaleza del pronunciamiento de esta Comisión si, como sabemos, las comisiones parlamentarias son órganos técnicos en principio, y como sucede en el caso de nuestro Parlamento, todos los miembros de esa Subcomisión<sup>436</sup> son abogados. Sobre este particular, Aragón señala que el hecho "que existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos no elimina el carácter político de la decisión de control (ni tales dictámenes son vinculantes ni son las únicas razones que el agente controlante ha de tener en cuenta para adoptar su postura)<sup>437</sup>. Asimismo, y en esa misma línea, que el titular físico del órgano o parte de sus miembros (en el caso de los órganos pluripersonales) sean, coyunturalmente, juristas (por azar, que no por necesidad, es decir, por exigencias del Derecho) tampoco implica que jurídica hay de ser la valoración<sup>438</sup>.

Sin embargo, en sistemas como el nuestro, el Reglamento del Congreso señala que este debe controlar si el Gobierno ha observado o no, los requisitos constitucionales. Acá deberíamos preguntarnos, es que acaso surgen dos tipos de control a cargo del congreso, uno, un control político, donde se evaluara la oportunidad de la medida, a partir de un canon subjetivo; y de otro lado puede rechazar el decreto de urgencia cuando el decreto excede los límites constitucionales establecidos.

*"Pues bien, aunque en el debate sobre la presunta inconstitucionalidad se esgriman sesudas razones jurídicas por los parlamentarios, ni tales razones son indispensables ni la decisión final que se adopte ha de estar, necesariamente, basada en ellas. Pero incluso aunque la decisión en aquellas razones se basara (porque así se quisiera presentar) tal decisión no se toma por la fuerza del derecho sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político; es una decisión enteramente libre y no "objetivamente" vinculada..."<sup>439</sup>.*

---

435.- Ibídem, pág. 151.

436.- Carlos Chipoco, Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles.

437.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 151.

438.- Ibídem.

439.- Ibídem.

La decisión que se adopte, no es la que más logró convencer, o aquella que tiene más consistencia lógica, técnica o jurídica, sino la que contó con mayores votos.

El agente de control, en estos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece "oportuna" (de la misma manera que también la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como un órgano judicial, que ha de interpretarla de la única manera que se considera válida<sup>440</sup>.

#### **3.8.4.4. La voluntariedad en el control**

Finalmente el punto de la voluntariedad del control es el que puede crear problemas y confusiones desde la perspectiva del control parlamentario de los decretos de urgencia. Cuando se habla de la voluntariedad en el control, se trata es de destacar el carácter voluntario del ejercicio del control político, en oposición al carácter necesario que se da en el control jurídico. La voluntariedad tiene aquí dos significados, que se refieren uno a la puesta en marcha del control y, otro, a la realización del control mismo<sup>441</sup>.

**En el caso del control político a diferencia del control jurídico, el agente de control es el mismo que decide no sólo "qué" controla, sino también "cuando" controla.** Hay un extraordinario elemento de voluntariedad<sup>442</sup>. A diferencia de lo que ocurre con el control jurídico (el órgano judicial tiene necesariamente que resolver) en el control político no puede obligarse al agente controlante a que adopte, en todas las ocasiones, una decisión final una vez puesto en marcha el procedimiento. Puede existir una obligación política, si se quiere, pero no una auténtica obligación jurídica.

En el caso del control político, cabe siempre el silencio. Silencio del titular del órgano, si es unipersonal, o silencio del órgano por no convocatoria de sus miembros. Incluso cabe también la abstención (el no emitir juicio, aunque el control se realice) por parte de los integrantes de un agente colectivo de control (desde la abstención de los parlamentarios hasta la abstención electoral)<sup>443</sup>. Tales caracteres de voluntariedad en el control político están relacionados, como no podía ser de otra manera, con la condición subjetiva de ese control. Ello no implica, pérdida de eficacia para el control político; simplemente que (por no ser jurídico) es un control de oportunidad y no de necesidad<sup>444</sup>.

---

440.- Ibídem.

441.- Ibídem.

442.- Ibídem.

443.- Ibídem, pág. 156.

444.- Ibídem.

El problema con esta condición de voluntariedad es que se cumple en todos los casos de los instrumentos parlamentario, excepto en el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia. No sucede así, pues el Congreso no decide que controla y cuando controla, como sucede en el control político. Según las diferentes cartas políticas, el Congreso debe pronunciarse en un determinado plazo (en consecuencia, no existe libertad sobre cuándo controlar) y sobre los decretos de urgencia (no existe libertad sobre qué controlar).

Sin embargo, tampoco se puede decir que sea un control jurídico porque le falte este único elemento. Manuel Aragón señala que el carácter necesario del control jurisdiccional tiene tres elementos. En "primer lugar, la producción "necesaria" del control significa, que el órgano que lo ejerce ha de "conocer" necesariamente del asunto para el que es instado"<sup>445</sup>. En ese caso, la propia Constitución o el reglamento respectivo, insta al Congreso a realizar el control dentro de un plazo determinado, tenga o no tenga el Congreso voluntad para hacerlo.

Por otro lado, "el órgano controlante ha de emitir necesariamente su juicio sobre tal asunto". En el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia, tenemos que, más allá del parámetro que utilice el Congreso, esta en la obligación de emitir un juicio, que podrá ser convalidatorio o derogatorio. El problema es con el último requisito. Según Aragón el órgano controlante "ha de dictar necesariamente la sanción (la declaración invalidatoria), de modo necesario, cuando tal juicio sea jurídicamente negativo para el objeto controlado, es decir, cuando estime que sea producido una contradicción (irresoluble por vía interpretativa) entre dicho objeto y el parámetro de control"<sup>446</sup>. En este último punto las cosas no son tan claras, pues si tenemos que el control político tiene un parámetro básicamente subjetivo, donde se evalúa la oportunidad, puede haber espacio para la negociación política, pudiéndose negociar la sanción final, no obstante que el decreto de urgencia no se ajusta al parámetro de la Constitución e incluso al propio parámetro subjetivo del Congreso.

Sin embargo, consideramos que no obstante la ausencia del requisito de la voluntariedad propio del Control político, es decir, la no necesidad del control, en el caso de los decretos de urgencia, estamos ante un control político, pues la naturaleza subjetiva del parámetro, del canon del control es subjetiva y lo acerca si es que no lo identifica con un control político de acuerdo a lo que hemos señalado.

#### **3.8.4.5. Crítica y límites a la teoría del parámetro objetivo del control jurídico**

---

445.- *Ibidem*, pág. 139.

446.- *Ibidem*.



La doctrina constitucional sobre todo en lo que a la interpretación constitucional se refiere, tienen dificultades para diferenciar hasta donde llega la interpretación y hasta donde la calificación subjetiva, incluso la que realiza órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional. Kelsen comparte esta inquietud cuando se pregunta, si en ella interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad?447. Y este constituye quizá uno de los aspectos en que la tesis de Aragón tiene límites.

Para Kelsen, no existe diferencia cualitativa entre la interpretación que hace un juez, de la que hace un congresista. Y no es que la interpretación del juez, sea la interpretación objetiva, y la que hace el Parlamento es subjetiva. Según este autor, ambas existe una interpretación subjetiva, y será válida, siempre que se enmarque dentro de los límites de la norma superior, objeto de interpretación.

El mismo Kelsen reconoce que no existe una sola y correcta interpretación de una norma, sino que cada texto puede albergar diferentes interpretaciones, todas válidas. Como señala este autor, "La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar"448. En ese sentido, en relación con nuestra teoría, cuando un magistrado interpreta una norma legal, decir que "su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única"449. Esta afirmación de Kelsen nos parece fundamental. Esto significa que la interpretación de un juez, aún cuando lo hace sobre la base de un parámetro objetivo, la interpretación es subjetiva. Según Kelsen, esta constituye un acto de voluntad.

Tampoco esto significa que la teoría del parámetro de Aragón sea inválida o inaplicable para el caso del control de los decretos de urgencia. El mismo Kelsen luego de señalar que la "*interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa, de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa*"450, reconoce sin embargo, que existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que "*desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez*"451, sin olvidar que también el juez está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que

---

447.- Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho, Ediciones Wisla, Lima, 1987, pág. 125.

448.- *Ibidem*, pág. 123.

449.- *Ibidem*.

450.- *Ibidem*, pág. 125.

451.- *Ibidem*, pág. 125.

la creación de una norma individual es un **acto de voluntad**, en la medida en que se trata de llenar un marco establecido por la norma general<sup>452</sup>.

En resumen, la interpretación es **un acto de voluntad** sea que lo realice un Magistrado o un Asamblea Política<sup>453</sup>. Y decimos que es un acto de voluntad porque, cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior, y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o en una decisión judicial, fundada en una ley --piénsese en la interpretación de la Constitución que hace los integrantes de la Comisión de Constitución en el caso de la convalidación de un decreto de urgencia, o los magistrados del Tribunal Constitucional--, no se debe olvidar que, "el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso"<sup>454</sup>.

### **3.8.5. Los instrumentos y las modalidades**

El Control Parlamentario posee diferentes instrumentos para lograr sus fines. La cantidad de instrumentos de control dependerá del concepto que adoptemos, sobre todo si tenemos en mente que el control parlamentario debe también implicar la medidas sancionatoria. Según García Fernández, dos rasgos caracterizan a estos instrumentos, *su carácter polivalente o neutro y la multiplicidad de fuentes* en donde se originan<sup>455</sup>.

Según este autor, son instrumentos normalmente **polivalentes o neutros** pues su utilización puede servir a funciones diferentes. Es decir, se le utilizan para una teleología múltiple<sup>456</sup>. Así por ejemplo, en muchos regímenes políticos contemporáneos, las mociones que se votan en el Congreso tras un determinado debate sirven tanto para la función de control como para la de orientación de la acción del Gobierno e incluso, como sostiene García Fernández, en algún supuesto y con la intensidad no muy grande, pueden ser el primer paso de la función legislativa.

---

452.- *Ibíd.*, pág. 125. Por estas razones, Kelsen concluye que, un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma.

453.- *Ibíd.*, pág. 125. Según Kelsen, esto que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. Por ello Kelsen agrega que la mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica.

454.- *Ibíd.*, pág. 126.

455.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 54

456.- *Ibíd.*

Esta misma idea es recogida por Manuel Aragón cuando habla de la "Polivalencia funcional de los procedimientos parlamentarios"<sup>457</sup>. Según este autor, sólo puede hablarse de una única función, incapaz de operar fuera de sus procedimientos propios: la función legislativa, y ello es consecuencia absolutamente necesaria del carácter "formalizado" que ha de presidir el modo de emanación del derecho. El resto de las funciones parlamentarias son capaces de operar a través de todas las actividades, de todos los procedimientos. Es cierto que existen algunos que son más característicos de una determinada función que de otra, pero nada más, de tal manera que a lo único que se puede llegar es a hablar de procedimientos "característicos, más "usuales" pero nunca a excepción de las función legislativa de procedimientos exclusivos o propios. El control parlamentario es, entre todas las funciones parlamentarias, el más significativo a este respecto, el más general, el que es capaz de estar presente en todos los procedimientos de la Cámara.

No sólo en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación, control de normas legislativas del Gobierno (instrumentos característicos de control) se realiza la función fiscalizadora, **sino también en el procedimiento legislativo en los actos de aprobación o autorización.**

Un segundo rasgo es la **multiplicidad de fuentes donde se originan**. Según García Fernández<sup>458</sup>, estas pueden ser, la Constitución Política, los Reglamentos de los Congresos, los reglamentos de Cada Cámara por separado, normas de rango inferior dictadas por la Presidencia o por órganos colegiados de dirección de cada Cámara e incluso por vía consuetudinaria.

Finalmente debemos señalar que no basta con la simple utilización de los diferentes instrumentos de control, es necesario adicionalmente evaluar que la recurrencia dichos instrumentos **sea oportuna**. Según Berlín Valenzuela, la función de control que desarrolla el Congreso debe ser oportuna, de manera que el pueblo, como titular de la soberanía, pueda conocer a través del Parlamento las actividades del ejecutivo y la valoración que estas merecen de los representantes populares<sup>459</sup>.

### **3.8.5.1. Clases de instrumentos de Control Parlamentario**

No existen grandes coincidencias en la doctrina a la hora de clasificar los diferentes tipos de instrumentos de control parlamentario. De todas las clasificaciones, las que nos parece más clara y acorde con la realidad y dinámica del

---

457.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 168.

458.- García Fernández, op. cit., pág. 54

459.- Francisco Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 140.

control parlamentario es que propone García Fernández<sup>460</sup>. Este autor propone una interesante clasificación de estos instrumentos acudiendo a un criterio de eficacia jurídica, es decir, a partir de los efectos que posee cada instrumento.

#### 3.8.5.1.1. Instrumentos en los que la decisión parlamentaria tiene efectos materiales inmediatos

En esta parte se ubican aquellas decisiones de las Cámaras que, buscando o no otros fines, tienen como consecuencia el cumplimiento de alguna propuesta inserta en la acción del Gobierno o, por el contrario, su rechazo y su consiguiente caducidad. Para García Fernández, esta clase de instrumentos, sea positivo o sancionatorio, no es el fin principal a la hora de establecer esta clase de instrumentos, pero en la medida en que suponen un juicio de valor sobre algún aspecto o fin de la acción del Gobierno que trae causa del programa que dio lugar a la concesión de la confianza parlamentaria, está entrando simultáneamente en la función de control.

Es aquí donde García Fernández ubica la convalidación de los decretos de urgencia, denominado en España decretos leyes. Los instrumentos de esta categoría son los siguientes:

- a.- Aprobación de los proyectos de ley elaborados por el Gobierno.
- b.- **Convalidación de los decretos Leyes**
- c.- Autorización para convocar referéndum
- d.- Autorización de prórroga del estado de alarma, autorización para declarar estado de excepción y declaración de estado de sitio a propuesta del Gobierno.
- e.- Autorización para la prestación de consentimiento del Estado en tratados y convenios de especial relevancia.
- f.- Acusación a miembros del Gobierno

#### 3.8.5.1.2. Instrumentos en los que la decisión parlamentaria conlleva un efecto valorativo inmediato sobre la acción del Gobierno y, por ende, sobre la relación fiduciaria que vincula al Parlamento con el Gobierno

A diferencia de los anteriores estos carecen de efectos inmediatos, pero la ausencia de este efecto imperativo no significa que como instrumento de control no

---

460.- García Fernández, revisa otros posibles criterios como pueden ser, una tipología que se base en las fuentes de donde emana el control (Constitución, Reglamentos parlamentarios, Leyes, etc.). También podría utilizarse el criterio de la naturaleza jurídica intrínseca del instrumento, es decir, los que sirven solamente para el control (instrumentos puros de control). Igualmente, podríamos acudir a un criterio subjetivo, según pudieran ser utilizadas por el Conjunto de la Cámara, por alguno de sus órganos, por los Grupos Parlamentarios o, el parlamentario individual. op. cit., pág. 56.



incidan sobre la relación fiduciaria instaurada, ya que todos ellos tienen como efecto un juicio de valor que se resuelve con una valoración positiva o negativa del cumplimiento del programa de gobierno que motivó la concesión de la confianza al candidato presidente. Como sostiene García Fernández, estos instrumentos pueden servir también a otras funciones parlamentarias, como es habitual, pero su finalidad controladora parece siempre intensa.

- a.- Aprobación de la Cuenta General del Estado y otras actuaciones conectadas con el Tribunal de Cuentas.
- b.- Control de la legislación delegada
- c.- Comisiones de Investigación
- d.- Aprobación de proposiciones de resoluciones, interpelaciones y mociones

3.8.5.1.3. Instrumentos que proporcionan información y, por ello, la posibilidad de una valoración ulterior del Estado de la relación fiduciaria entre ambos órganos, y que no sirven propiamente a la función de control de manera inmediata

Según García Fernández, a diferencia de los instrumentos examinados en apartados anteriores, estamos aquí ante un conjunto de institutos difícilmente insertables en la función parlamentaria de control. Según el profesor García Fernández, este conjunto de procedimientos son meramente informativos y no de control, no porque no den lugar a debates parlamentarios, sino porque **ninguno contiene por sí mismo, un pronunciamiento o acuerdo de las Cámaras como órgano**, si bien este ulteriormente se puede dar, en cuyo caso si que entraríamos en el ámbito de la función de control<sup>461</sup> (Ver la parte antes desarrollada referida a la naturaleza orgánica de la función de control).

- a.- Las preguntas orales y escritas
- b.- Interpelaciones
- c.- Las peticiones de información al Gobierno
- d.- La información proporcionada por el gobierno sobre la declaración de estado de alarma, y por último las comparecencias de miembros del Gobierno.

Fernando Santaolalla propone otra clasificación de los instrumentos de control. Según dicho autor "el control parlamentario puede manifestarse tanto en actos legislativos como en actos sin forma de ley. En consonancia con el concepto formal y subjetivo de la ley en nuestro Derecho debe recordarse que la ley pueden ser auténticas normas jurídicas como simples decisiones singulares"<sup>462</sup>. En esa línea,

---

461.- García Fernández, *op. cit.*, pág. 68.

462.- Fernando Santaolalla, *op. cit.*, pág. 200.

Santaolalla, distingue tres tipos de instrumentos: a) Los actos de control con forma de ley, b) Los actos de control sin forma de ley, y, c) Los actos de control sin forma definida. Este autor ubica en los actos de control sin forma de ley la convalidación de los decretos de urgencia<sup>463</sup>.

Los hermanos Alonso de Antonio proponen a título de interpretación amplia del contenido material propio del control parlamentario, pudiendo distinguirse actuaciones diversas: entre las que destaca: a) Control orientación. Aludiendo a la participación del legislativo fijando pautas de comportamiento en la ulterior acción del Gobierno al concederle habilitación, en sentido vinculante o potestativo, para que el ejecutivo pueda estar en condiciones de cumplir en determinados supuestos con su misión; b) Control inspección. Constituye el aspecto del control parlamentario que supone un ejercicio continuado y ordinario, distinguiéndose el seguimiento general de la acción política del Gobierno y el estudio de la regularidad en su acción normativa; y, c) Control sanción. La función de control reconocida al Parlamento carecería de eficacia sino tuviera su corolario en la posible adopción de medidas sancionadoras que pueden implicar incluso el cese del Gobierno<sup>464</sup>. Ciertamente, dentro del concepto de control como control inspección los hermanos Alonso de Antonio ubican la convalidación o derogación de los decretos leyes (decretos de urgencia).

En la doctrina nacional, Enrique Bernales organiza el control parlamentario del gobierno en tres tipos<sup>465</sup>.

- 1.- Control Tolerado. En este primer grupo se encontraría las Comisiones ordinarias, las preguntas, los pedidos escritos de los parlamentarios, los acuerdos de las cámaras y a las invitaciones de los ministros para que concurran a informar<sup>466</sup>.
- 2.- Control de las actividades legislativas del gobierno. En este caso, el Parlamento evalúa la acción legislativa, a efectos que esta se ajuste a las normas constitucionales y adopta una decisión<sup>467</sup>. Dicho autor más adelante señala que, "adicionalmente y si mediara constatación de abuso o exceso por parte del Ejecutivo, puede demandar la responsabilidad política de éste<sup>468</sup>.
- 3.- Control Político. Este último está referido al trabajo realizado por las Comisiones investigadoras, y consiste en la capacidad con que cuenta el

---

463.- Ibídem.

464.- Angel Luis Alonso de Antonio, Derecho Constitucional Español, Editorial Universitarias, SA., Madrid, 1996, págs. 414-415.

465.- Las palabras de este autor son "La organización del control político puede realizarse a través de varias esferas". Enrique Bernales, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, págs. 160-161.

466.- Ibídem.

467.- Ibídem.

468.- Ibídem.

Parlamento a través de estas comisiones para fiscalizar y someter a un proceso completo de investigación, determinados actos del Ejecutivo. Bernalés también incluye también en esta parte las interpelaciones a los ministros y la censura de éstos como atribución política y la acusación constitucional o antejuicio, que el Parlamento hace a las dignidades y altos funcionarios de la República por infracciones a las constituciones y por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones<sup>469</sup>.

Todas estas clasificaciones tiene básicamente un fin didáctico y pretenden destacar aspectos de esta institución. Sin embargo estas clasificaciones son útiles mientras no olvidemos que estos procedimientos son polivalente y polifuncionales, y que el control parlamentario es una perspectiva, si se quiere un criterio o un hilo conductor a partir del cual organizar y entender a la institución parlamentaria, donde existen una multiplicidad de procedimientos, pero con un sentido único. Así nociones como la responsabilidad política difusa, que se caracteriza por la sanciones mediatas y extraparlamentarias, difícilmente puede ser atada a una rígida clasificación.

En ese sentido, compartimos en parte la crítica de Rubio Llorente cuando se opone a con la existencia de procedimientos de manera diferenciada. El profesor Rubio Llorente señala que, "En este caso, como en otros muchos, la agrupación, a efectos didácticos o expositivos, de distintos procedimientos bajo una rúbrica común ha llevado a sustancializar el contenido de ésta, que se intenta preservar a todas cosas, interpretando forzosamente desde ella conjuntos normativos (en este caso normas procedimentales de los Reglamentos parlamentarios) cuyo análisis correcto no requiere ninguna perspectiva extrínseca"<sup>470</sup>. Para el mencionado autor, no hay en rigor procedimientos parlamentarios de control porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad. Los procedimientos parlamentarios son siempre multifuncionales y el análisis de la función de control no puede reducirse en consecuencia a procedimientos determinados, sino que ha de tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria"<sup>471</sup>.

Finalmente, podemos mencionar rápidamente la clasificación que Pedro Sagües realiza. Para este autor la función de control del Congreso puede clasificarse de muy distinto modo. Tenemos la subfunción electoral, la subfunción cognoscitiva inspectiva,

---

469.- *Ibíd.*

470.- Francisco Rubio Llorente, *op. cit.*, pág. 255-256.

471.- *Ibíd.*

la subfunción integrativa, la subfunción reguladora y finalmente la subfunción sancionatoria<sup>472</sup>.

### 3.9. Algunas otras condiciones para el ejercicio de la función de control parlamentario

A manera de recapitulación y de conclusión podemos señalar que, para que se pueda realizar el control parlamentario es necesario que se den ciertas circunstancias sin las cuales no existirá aquel. Prueba de ello es lo que sucede en nuestro país, donde no obstante los no pocos llamados de atención y pronunciamientos de la comunidad jurídica, la expedición indiscriminada e incontrolada del Gobierno continúa.

#### 3.9.1. Existencia de voluntad política de control parlamentario de los D.U.

Como sostiene Enrique Bernaldes, aún todavía durante la vigencia de la Constitución de 1979, la primera cuestión que se plantea para que exista un efectivo control parlamentario es indudablemente, que exista una real voluntad de poner en funcionamiento los mecanismos de control<sup>473</sup>. Esta voluntad es ciertamente de naturaleza política. Esto significa que los órganos políticos decidan controlar al Gobierno, que el poder político asuma esta decisión. Sin esta decisión, por más normas que existan, el Parlamento se inhibirá de realizar control alguno.

#### 3.9.2. Real separación de poderes e Independencia política frente al Ejecutivo

Una condición para la existencia de una verdadera voluntad de control por parte del Congreso, es que este cuente con la independencia y autonomía del órgano que pretende controlar. Esto nos lleva a un tema ya trabajado cual es, la real separación de poderes e Independencia política frente al Ejecutivo. Como sostiene Gil-Robles<sup>474</sup>, para poder llevar a cabo debidamente la función que le ha sido asignada cada detentador del poder debe estar libre no sólo de intervenciones directas, sino de cualquier presión indirecta no prevista en la Constitución y que pueda ser ejercida sobre él por otros detentadores del poder o por fuerzas operando fuera del proceso constitucional. Es fundamental la **independencia** en el ejercicio de este control sobre quienes tienen la responsabilidad de mandar<sup>475</sup>.

---

472.- Néstor Pedro Sagües: Formas de Gobierno..., pág. 75

473.- Enrique Bernaldes, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, Lima 1990, pág. 169.

474.- Gil-Robles, op. cit., pág. 47.

475.- Miguel Caminal Badía (Compilador): Manual de Ciencia Política, Tecnos, Madrid 1996, pág. 391.



Sin embargo, si bien esto suele ser una constante, tampoco es tamos ante una ley. Ni ante una afirmación general. La destitución de Carlos Andrés Pérez y de Collor de Melo en Venezuela y Brasil, fueron fundamentalmente gracias a procesos donde el Congreso tuvo una activa y destacada participación. Incluso, en el caso venezolano es importante resaltar que, "a pesar de tener el partido del Presidente (de la República) mayoría en ambas cámaras, esto no impidió que los legisladores de Acción Democrática facilitarían el proceso constitucional, absteniéndose de votar. No condenaron a su ex-jefe, pero tampoco lo encubrieron. Todo un ejemplo, que sería saludable que se imitara en otras democracias del continente"<sup>476</sup>. Así mismo descartamos cualquier posibilidad de autocontrol por parte del Gobierno, pues en los hechos no funciona<sup>477</sup>.

Esto nos remite a otro problema cual es, la vigencia del principio de separación de poderes, y la consiguiente independencia de cada uno de ellos del otro. Y en este punto hay que tener cuidado, pues el hecho que este principio este debidamente recogido en la Constitución, en nada asegura que políticamente se le observe y respete. Cuando el Congreso a través de la mayoría oficialista y el Gobierno están en manos de un mismo grupo y poder político, se hace casi imposible el control parlamentario.

La doctrina señala que la posibilidad del control político, esta íntimamente ligada con el principio de independencia y autonomía del Parlamento. "El Parlamento en sus procedimientos de actuación, deliberación y decisión, solamente está sometido a las propias normas, que no reconocen otro techo que el que el mismo Parlamento se dio al aprobar la Constitución"<sup>478</sup>. "Incluso constitucionalmente, la autonomía reglamentaria, presupuestaria u organizativa que el Parlamento en su organización y funcionamiento no esté sometido más a que sus propias reglas, y ninguna causa externa le impida cumplir sus obligaciones o funciones constitucionales"<sup>479</sup>.

### 3.9.3. Existencia de equipamiento suficiente y capacidad de seguimiento de control parlamentario de los D.U.

Existe consenso en la doctrina en señalar, la necesidad de dotar a los Congresos modernos de una buena infraestructura y de recursos humanos calificados si lo quiere es hacer un control parlamentario efectivo, dado que el Gobierno tiene

---

476.- Arturo Pellet Lastra, op. cit., pág. 347.

477.- Tal como señala Karl Loewenstein, es "evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede...sólo los santos entre los detentadores del poder --¿y dónde se pueden encontrar?-- serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder". Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución, 4º reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona 1986, pág. 28.

478.- Isidro Molas, op. cit., p. 127.

479.- Ibidem, págs. 127-128.

más capacidad y equipos de apoyo, cuenta con más información, tiene a su disposición de toda la tecnología de la que puede dotarse, a diferencia del Parlamento.

Como sostiene Berlín Valenzuela, "La función de control y las otras funciones...tienen como uno de sus ejes la información, pues está es necesaria para el conocimiento y difusión de la actividad controlada y de las normas a que esa actividad debe ajustarse, así como para comparar el trabajo realizado con el que a juicio de los parlamentarios interesados hubiera sido más adecuado o conveniente. Esta información puede tener el carácter de general, y encontrarse a disposición de todos los parlamentarios, o de especial, y ser obtenida por los miembros interesados en determinados asuntos, a través de investigadores o expertos que lo asesoren<sup>480</sup>".

La única manera de conseguir información es sobre la base de un trabajo de equipo y con ayuda de instrumentos técnicos, muchas veces lejanos e inaccesibles del parlamentario promedio de América Latina.

#### 3.9.4. La existencia de una sociedad y de un opinión pública participativa

Al lado de la necesidad de una real voluntad política por parte del Poder Legislativo, es necesario también, la existencia de una voluntad política, por parte de la sociedad civil, a través de sus diferentes organizaciones y gremios, de control del Gobierno.

Si como ya explicamos, la opinión pública constituye quizás el principal referente hacia el cual proyectar el trabajo de control parlamentario, a efectos de convencer y de persuadir para que en las próximas elecciones el electorado cambie su intención de voto, hacia el programa alternativo que la oposición le presenta y le ofrece, podemos decir cuanto más madura, más interesada y más participativa este la opinión pública en los temas nacionales y lo que hace el gobierno, existirán o aumentaran las posibilidades para un más efectivo control parlamentario.

La otra conclusión es también evidente, con una sociedad civil no sólo frágil y desarticulada, sino sobre todo indiferente y distraída, el control parlamentario ve disminuida sus posibilidades, pues se estrecha su audiencia, dando pie a la arbitrariedad del gobierno.

---

480.- Berlín Valenzuela, op. cit., pág. 144.

*"Pero incluso aunque la decisión se basara (en razones constitucionales porque así se "quisiera" presentar) tal decisión no se toma por la fuerza del derecho, sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político; es una decisión enteramente libre y no "objetivamente" vinculada (es decir, no sometida a las reglas contrastables que presiden la interpretación - aplicación de las normas)"*  
Manuel Aragón<sup>481</sup>

*"El agente de control, en esos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece "oportuna" (de la misma manera que la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como órgano judicial, que ha de interpretarla de la única manera que se considera válida".*  
Manuel Aragón<sup>482</sup>

#### CAPITULO IV

#### EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN LA DOCTRINA Y EN LA LEGISLACION COMPARADA

En este capítulo tal como reza el título, interesa analizar específicamente el control parlamentario sobre los decretos de urgencia expedidos por el Poder Ejecutivo tanto en la doctrina como en la legislación comparada, recogándose básicamente la experiencia española y menor medida el caso italiano, argentino y hasta colombiano. En cuanto a la definición y al tema mismo de los decretos de urgencia, nos remitimos a los trabajos de Francisco Eguiguren Praeli<sup>483</sup>, Ana María Velazco<sup>484</sup> y Cesar Castillo Meza<sup>485</sup> quienes han desarrollado en forma muy completa y minuciosa el tema, razón por la cual trataremos de no abordar este tema.

---

481.- Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 152.

482.- *Ibidem*.

483.- Entre otros trabajos del profesor Francisco Eguiguren Praeli tenemos: El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del art. 211 inc. 20 de la Constitución. En: Revista Themis. Revista de Derecho. Segunda Época N° 6, Lima 1987; Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. CAJ, Lima, 1990; "La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993", en: La Constitución de 1993, CAJ, Lima, 1995; "Normas contrarias a la Constitución o a la ley", Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima, año LXXI, 1984-1; y, "Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo", en: La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación, Cultural Cuzco, Lima 1987.

484.- Velazco Lozada, Ana Rosa Albina: La Constitución de 1979: Atribuciones legisferantes de los órganos ejecutivo y legislativo, Lima, 1988, Tesis, PUC.

485.- Castillo Meza, César: Los Decretos Presidenciales de Urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993, Lima, 1996, tesis, PUC.

En consonancia con lo que habíamos señalado en relación con el parámetro del control jurídico, un lugar común en la doctrina consiste en circunscribir a nivel normativo el control parlamentario de los decretos de urgencia a la verificación por parte del Congreso, si es que el Gobierno ha observado y cumplido los requisitos establecidos en la Constitución Política y/o en el Reglamento del Congreso para la expedición de dichas normas, relativos a la existencia del supuesto fáctico y de la situación extraordinaria y de urgente necesidad. En tal sentido, una de las principales tesis de este trabajo consiste en cuestionar la perspectiva que pretende reducir el control parlamentario de los decretos de urgencia a la simple verificación de los requisitos exigidos en la Constitución y en consecuencia reducir el control parlamentario al control de la constitucionalidad de dichas normas.

Proponemos en su lugar que se incorpore el criterio de oportunidad y de libre y subjetiva apreciación de criterio, como expresión del parámetro del control político, canon que se adecua a la propia naturaleza del control parlamentario. Ciertamente, esto no implica excluir, la obligación de velar por la Constitución que le asiste a todo ciudadano y más aún a todo funcionario público entre los que se encuentra los parlamentarios y el Parlamento en su conjunto, sin embargo, consideramos la labor del Congreso no puede duplicar la labor realizada por órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (a través de la Acción de Inconstitucionalidad) o el Poder Judicial (a través del Control Difuso).

Consideramos que conceptualizando el control parlamentario como un control básicamente político, podremos explicar y entender mejor la aparente ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia desde agosto de 1995 hasta la actualidad, y la presunta abdicación de este de su derecho/obligación de velar por la vigencia de la Constitución, tesis sostenida por algunos congresistas de la oposición en nuestro Parlamento y por un la prensa, afirmación que sin dejar de ser cierta no expresa la realidad en forma plena.

En nuestra opinión, el control parlamentario sobre los decretos de urgencia se hace a través de la confrontación con un parámetro subjetivo, y desde esa perspectiva, puede lógicamente utilizarse la Constitución Política, también como parámetro, aunque su interpretación y aplicación será subjetiva, hasta que no haya un pronunciamiento jurisdiccional que cuestione lo señalado y aprobado por el Parlamento, y señale formalmente su inconstitucionalidad, sea a través del control difuso y el control concentrado.

#### **4.1.- Definición y delimitación del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia**



El procedimiento de elaboración de los decretos de urgencia tiene dos etapas que como bien señala De Otto<sup>486</sup>, han de estudiarse por separado. Una primera en la que el decreto de urgencia es aprobado por el Gobierno, con inmediata entrada en vigor, pero con vigencia sujeta a un plazo, y una segunda etapa en la que es sometido al control del Congreso y, en caso de ser convalidado, pierde su carácter provisional. La primera etapa no es nuestro tema, antes bien constituyen nuestro punto de partida para el presente trabajo. En cambio, lo que nos interesa es esta segunda etapa, la cual nos proponemos desarrollar.

En relación con esta segunda etapa, la intervención parlamentaria o control parlamentario tiene dos a su vez, momentos diferentes. El primero es el control parlamentario propiamente dicho, en el que se confronta la actuación del ejecutivo con el parámetro constitucionalmente y reglamentariamente establecido, el cual consiste para la mayoría de autores en la verificación de la concurrencia de los requisitos que la Constitución --y/o el Reglamento-- establece para que el Gobierno pueda dictar los decretos de urgencia<sup>487</sup>. En un segundo momento, la intervención parlamentaria consistirá en la decisión subsiguiente al control acerca de la derogación o la convalidación, etapa que como postula Montero Gibert, tiene también una faceta legislativa, al surtir efectos sobre la pervivencia de la integración en el ordenamiento del decreto-ley previamente controlado<sup>488</sup>.

Decíamos en la introducción que algunos autores han señalado, que el control parlamentario en general asume una "perspectiva dual", distinguiéndose entre el seguimiento general de la acción política del Gobierno y el estudio de la regularidad de su acción normativa<sup>489</sup>, caso este último donde se ubicaría el control parlamentario de los decretos de urgencia.

Luego de estas anotaciones podemos ensayar una definición. El control parlamentario de los decretos de urgencia consistirá entonces, en el procedimiento mediante el cual el Congreso o alguno de sus órganos --léase algunas de sus cámaras o comisiones --, en su calidad de titular de la representación del poder soberano y de la voluntad general<sup>490</sup> confronta, constata y verifica si el decreto de urgencia expedido

---

486.- De Otto, Ignacio, El Decreto ley, En: Derecho Constitucional. Sistema de la Fuentes. Editorial Ariel, 2º reimpresión, Barcelona, 1991. págs. 202.

487.- Montero Gibert y García Morillo, El control parlamentario, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 96.

488.- *Ibidem*.

489.- Angel Luis Alonso de Antonio, "El control parlamentario de la política exterior en la Constitución española de 1978", en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N° 15 Monográfico, Madrid, 1989, pág. 41-42.

490.- Esta afirmación habrá que matizarla cuando estemos ante una de las Cámaras solamente como sucede en el caso español.

por el Gobierno, se adecua al parámetro establecido en la Constitución y el Reglamento de la República, el cual puede ser en un caso, evaluar si se ha respetado y observado los requisitos y los límites impuestos por la Constitución, y/o en segundo lugar, si la mencionada norma obedece a la voluntad del soberano del cual el Congreso es su más idóneo representante. En este último caso, el control y la interpretación de la voluntad mayoritaria será sumamente subjetiva, más aún cuando no están sujetos los congresistas a mandato imperativo, pudiendo ocurrir el caso que el parámetro no sea la voluntad colectiva sino todo lo contrario la voluntad y la opinión individual de los congresistas (nada obsta para que esto suceda). En cualquier caso, el criterio que el Congreso utilice no tendrá **otro límite "formal" que la propia Constitución Política y las leyes orgánicas y los diferentes tratados firmados y ratificados**, cuerpo normativo que en su esencia no es otra cosa que también la voluntad del soberano, con un grado de mayor formalización e institucionalización.

Finalmente, decimos "límite formal", pues mientras el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad de una acción o acto normativo del gobierno, esta acción o norma será constitucional y surtirá efectos. Efectivamente, se presumirá la constitucionalidad de todo acto o norma expedido por el Poder Legislativo.

#### **4.2. Fundamentos del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia**

Hablar del fundamento de una institución es hablar de la justificación, del principio básico y constitutivo en que se funda una institución. A lo largo de este trabajo, conforme hemos ido delimitando y definiendo el tema del control parlamentario, hemos señalado los fundamentos de la función de control, luego de la función de control parlamentario. Los fundamentos que a continuación desarrollaremos, constituyen los fundamentos específicos del control parlamentario de los decretos de urgencia.

##### **4.2.1. La ley es la expresión de la voluntad popular**

El fundamento principal del control parlamentario de los decretos de urgencia entonces, lo constituye la "necesidad de asegurar un principio básico en el Estado de Derecho: el de que la ley es la expresión de la voluntad popular, manifestada a través de los representantes libremente elegidos por el pueblo, lo que exige que la potestad de dictar normas con rango de ley quede circunscrita al órgano que ostenta la representación popular"<sup>491</sup>. En consecuencia, el control parlamentario tendrá entre otras funciones, la de garantizar que las normas con fuerza de ley expresen la voluntad popular<sup>492</sup>.

---

491.- Montero Gibert, *op. cit.*, pág. 95.

492.- *Ibidem*.

La doctrina española ha llamado la atención sobre el hecho que el Parlamento controla porque justamente en él están representadas todas las fuerzas políticas y en ellas pueden hacer valer los argumentos y programas alternativos de la oposición ante la opinión pública. En esto es en lo que el Parlamento resulta insustituible; en la representación y expresión de todos los intereses sociales en juego, en la publicidad de la discusión, en el recurso a la opinión pública<sup>493</sup>, a diferencia de los que sucede con el Poder Ejecutivo. Esto implica entonces, que la función de control parlamentario será en última instancia, la de asegurar y garantizar que las normas con fuerza de ley expresen la voluntad popular<sup>494</sup>.

No obstante que esta afirmación constituye una de los axiomas fundamentales de la institución parlamentaria, sin embargo, no debemos olvidar que nos encontramos ante la ficción de la representación donde "lo indirecto de la formación de la voluntad del Estado", es decir el hecho que la voluntad popular "no sea producida inmediatamente por el mismo pueblo, sino por un Parlamento, aunque éste haya sido creado por el pueblo"<sup>495</sup>, nos debe hacer recordar los límites de una institución como la parlamentaria. En otras palabras, se trata de ocultar la considerable restricción que experimenta el ideal democrático por el hecho de que la voluntad estatal sea formada no por el pueblo, sino por un Parlamento muy distinto del mismo, aunque elegido por él. Estas afirmaciones no son antojadizas, basta con mirar los debates en el Pleno de nuestro Congreso, para darse cuenta que no siempre el interés general y el bien público es lo que anima el trabajo parlamentario, sino intereses individuales y particulares, ajenos a la noción de voluntad y soberanía popular<sup>496</sup>.

Ahora, es necesario también matizar esta afirmación, pues no siempre la ley será expresión de la voluntad general. En realidad, nos encontramos en no pocas veces, ante el enfrentamiento y la imposición de intereses mayoritarios frente a intereses minoritarios cuando existe una mayoría absoluta y poco afecta a dialogar y a escuchar a la oposición.

#### 4.2.2. El Congreso es el depositario natural de las facultades legislativas

---

493.- Javier Pérez Royo. La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el gobierno, en: "El gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía". Diputación de Barcelona, 1985, pág. 95. Citado por Pérez Hualde. Decretos de Necesidad y Urgencia, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 26.

494.- Montero Gibert, op. cit., págs. 95-96.

495.- Kelsen, Hans, Esencia y valor de la democracia, Ediciones Guadarrama Colección Universitaria de Bolsillo. Punto Omega, Barcelona, 1977, págs. 52-53.

496.- Ibíd.

Una consecuencia de este primer fundamento, es que, la actividad del órgano controlante se extiende sobre el ejercicio extraordinario, de un órgano ajeno, de unas facultades que son de ordinario propias de aquél. En consecuencia, el control parlamentario entre otras funciones, otorga al órgano legislativo la decisión última respecto de la utilización por el ejecutivo de una potestad de la que el legislativo es el titular ordinario<sup>497</sup>.

En efecto, además de velar porque las normas con rango de ley expresen la voluntad popular, el otro fundamento del control parlamentario descansa en el hecho que finalmente, el Congreso es el "depositario natural" de las facultades ejercidas por el Poder Ejecutivo, facultades que asume este último por mandato de la Constitución ante de una situación de crisis donde concurren determinadas características, y ante imposibilidad del Congreso de legislar en forma ordinaria. No debemos olvidar que desde que la Constitución expresamente autoriza el Gobierno a expedir los decretos de urgencia, el Gobierno posee y tiene también al igual que el Congreso un derecho propio, aún cuando limitado y restringido de expedir normas con rango de ley perfectamente lícito y constitucional.

No obstante ello, la legislación del Poder Ejecutivo por fuera de estas circunstancias --es decir, en forma inconstitucional-- significaría que se produce un desplazamiento definitivo de la atribución legislativa, y ello no es posible sin afectar gravemente el diseño del sistema político fundamental de la Constitución. Por esta razón se ha reconocido en las constituciones extranjeras y en la nacional la obligación del sometimiento inmediato de la norma a la consideración del legislador con el fin del conocimiento y control.

Existe una suerte de percepción negativa de las facultades legislativas del Gobierno de la cual no es difícil deshacernos. Este prejuicio tendría su base, ante el temor que el Poder Ejecutivo, concentre todas las facultades y todo el poder. Existirían los opciones teóricas, de un lado lo que señala Quadra Salcedo y otro la que señala De Otto. Para el primer autor, no se delega la facultad legislativa, sino sólo la facultad de hacer normas con rango de ley, que es distinta de la facultad legislativa. Para el segundo autor, existiría una verdadera delegación de la facultad legislativa. Como sostiene de Otto<sup>498</sup>, la potestad de dictar decretos de urgencia, normas con rango de ley, con la misma eficacia derogatoria --suspensiva para ser más exacto-- que las leyes, significa escindir en dos la potestad legislativa reconociéndola no sólo en el Parlamento, que la ejercen por sí mismas o la delegan en el Gobierno, sino también como una potestad propia de este último. Negar esta escisión significa cerrar los ojos a la realidad del ordenamiento en nombre del principio puramente doctrinal de la

---

497.- Montero Gibert, op. cit., pág. 95.

498.- De Otto, op. cit., pág. 212.



separación de poderes. Así ocurre cuando se dice que un decreto-ley es una norma con rango de ley dictada por quien no tiene el poder legislativo y no está habilitado para dictar normas con rango de ley y que quien puede dictarlas es legislador quién si tiene poder legislativo. Por eso, "reconocer la potestad de dictar los decretos de urgencia es reconocer la potestad de legislar"<sup>499</sup>.

La única diferencia está en que el gobierno necesita la existencia del supuesto fáctico de extraordinaria y urgente necesidad, mientras que el Congreso no tiene límite alguno que no sea la propia la Constitución. Por otro lado, reconocer esta situación, no implica renunciar o como señala De Otto claudicar de los principios del Estado Democrático de Derecho ni abdicación alguna de sus garantías básicas, ante los dictados de la necesidad<sup>500</sup>.

Como decíamos, en una posición un poco distinta podemos ubicar a Quadra Salcedo, posición con la que nos identificamos. En efecto, según este autor, no debemos perder de vista que sea que la delegación legislativa la haga el Congreso (decretos legislativos) o sea que la haga la Constitución Política (decretos de urgencia en los supuestos específicos), "no lo es en ningún caso de la potestad "legislativa" misma que tiene el Congreso como tal<sup>501</sup>. No debemos olvidar que la potestad del Congreso es una potestad libre, no vinculada ni limitada por nada salvo por la Constitución como en cambio lo está el Gobierno a la hora de dictar un decreto legislativo<sup>502</sup>.

De Otto señala dos razones para no considerar como claudicación de los principios democráticos el reconocimiento de los decretos de urgencia como expresión de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo. Una tiene que ver con la alteración y quiebra del fundamento político de la construcción dogmático del Estado obligando a considerar con otros ojos la potestad legislativa para dictar decretos de urgencia, fundamentalmente como consecuencia de lo que De Otto denomina la "soldadura de mayoría y gobierno y la posición dirigente de éste en el propio proceso legislativo ordinario"<sup>503</sup>.

La otra razón que de Otto señala, es que el fuerte recelo frente a la legislación gubernamental guarda sin duda relación con la ya extinta omnipotencia de la ley. Según este autor, la inmunidad, la ausencia de control sobre la constitucionalidad de las leyes

---

499.- *Ibidem*.

500.- De Otto, *op. cit.*, págs. 212-213.

501.- Tomás Quadra-Salcedo, La delegación legislativa en la Constitución. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría. Tomo I. El orden jurídico, Civitas, Madrid, 1991, 1º edición, pág. 360.

502.- *Ibidem*.

503.- *Ibidem*.

y normas con rango de ley, tenía que conducir a que la potestad de dictarlas se atribuyese en monopolio al órgano de representación popular y a que, en el plano dogmático, se negase el poder legislador del gobierno. Sin embargo, una vez establecida la supremacía de la Constitución sobre la ley y la sujeción de ésta a control, falta ya esa base de la construcción. Tanto las disposiciones con rango de ley cuanto las leyes en sentido propio están sujetas a control por el Tribunal Constitucional y al control difuso. La consecuencia de esto es obvia. Ahora ni el Gobierno ni los Parlamentos gozan de inmunidad alguna. En otras palabras, reconocer al Gobierno la potestad legislativa no significa atribuirle una omnipotencia imposible de fundamentar, precisamente porque legislar no es ya disponer libremente sino, ejercitar una función sujeta a la Constitución"504.

#### 4.2.3. El control parlamentario como expresión de la colaboración de los poderes

Otro fundamento del control parlamentario lo constituye el principio de colaboración entre poderes. La denominada colaboración entre poderes implica una respuesta y una reformulación más dinámica a la noción clásica de separación de poderes, en su versión más rígida quizá.

Autores como Eduardo Espín Templado señala que las potestades legislativas del gobierno no deben verse como algo excepcional (en términos tradicionales, como supuestas quiebras del principio de la separación de poderes). La realidad actual del ejercicio de dichas potestades, no suponen un abandono de dicho principio, sino que es un reflejo de la creciente colaboración que la evolución de los sistemas constitucionales han impuesto a los poderes del Estado en el cumplimiento de sus funciones respectivas505.

Montesquieu se planteaba el problema de la necesidad de colaboración entre los poderes. Según este autor, "estos poderes deberían conducir a una situación de reposo o a una inacción (por los frenos mutuos); pero, dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse, y se verán forzados a concertarse"506.

---

504.- *Ibíd.*

505.- Eduardo Espín Templado, El control de la actividad normativa del Gobierno, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 254. Esta idea es compartida por la mayoría de autores para quienes el decreto de urgencia es "toda norma con rango de ley que emana, por vía de excepción de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de Ministros. Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 160.

506.- Citado por Manuel Aragón, *op. cit.*, pág. 23.

Para un sector de la doctrina, la afirmación de este principio implica reconocer que más que de facultades de carácter excepcional (la facultad del gobierno de expedir decretos de urgencia) cuyo uso debe restringirse, tesis que subyace en gran parte de la doctrina, se trata de potestades de colaboración del Gobierno en las tareas legislativas del Parlamento cuya utilización, incluso frecuente, puede aceptarse sin temor a perjudicar el correcto funcionamiento democrático del aparato democrático<sup>507</sup>. Espín Templado, en abono de su posición, cita al Tribunal Constitucional para demostrar que en el caso del supuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad debe entenderse como un supuesto bastante menos excepcional de lo que los propios términos constitucionales hacen pensar. Así, la sentencia 6/83 del 4 de febrero, indica que no ha de entenderse como una situación de "*peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal funcionamiento de los servicios públicos*" sino con mayor amplitud, "*como necesidad relativa respecto de situaciones concretas difíciles de prever (que) requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia (...)*"<sup>508</sup>.

Para este autor, ambas facultades del Congreso y del gobierno se comprenden mejor calificándolas, más que como simple control --lo que sin duda son-- como colaboración en la producción de la legislación de urgencia que, en puridad, no poseería más que una virtualidad pasajera si nos atenemos a la simple acción gubernamental. Así, la normalidad significará ya una toma de distancia de aquellas concepciones de ilegitimidad de la legislación gubernamental de urgencia. El cambio de perspectiva que se propugna, adquiere más relieve si se contemplan los habitualmente denominados instrumentos de control parlamentario del Decreto de urgencia más como muestra de colaboración entre ambos poderes que como tales medios de control<sup>509</sup>.

En nuestra opinión, no es necesario cuestionar y desconocer la naturaleza excepcional de las facultades legislativas del Gobierno para señalar el principio de colaboración entre poderes. Aún cuando estimamos que este principio está más pensado para la delegación de facultades, el reconocimiento de esta relación de colaboración entre poderes, no significa que la expedición de los decretos de urgencia no tenga carácter excepcional. Cuando en determinadas circunstancias (supuesto de hecho) el Congreso no puede responder en forma oportuna y eficiente a una demanda

---

507.- Espín Templado, *op. cit.*, págs. 256-257.

508.- *Ibidem*, pág. 257.

509.- En otros términos, aunque no muy distante, el profesor Melo sostiene que la teoría del Control Político es, contrariamente a la tradicional de poderes, un esfuerzo por la compenetración entre los órganos del Estado; para Oppehein es como una acción positiva de participación en el gobierno, en virtud de la cual se influye persuadiendo o disuadiendo, o se impide la adopción de decisiones o su ejecución. Jorge Melo, *op. cit.*, págs. 515-516.

legislativa y concurren los requisitos que la Constitución exige, el Poder Ejecutivo colabora, ayuda al Congreso.

#### 4.3. Otros fundamentos del control parlamentario de los decretos de urgencia

Del primer fundamento acerca de que la ley es expresión de la voluntad popular, se derivan o se pueden desarrollar y deducir otros fundamentos, sumamente importantes, que nos hacen tomar conciencia de la importancia del control parlamentario de los decretos de urgencia.

##### 4.3.1. El control parlamentario asegura el carácter público del procedimiento legislativo y la legitimidad del decreto de urgencia

Uno de los principios del funcionamiento del Parlamento que la doctrina reconoce es el **principio de la publicidad**. El Parlamento según Isidre Molas, es una casa de vidrio. Todo debate, actuación y decisión debe ser público para cumplir su misión fundamental de "publicación" 510 .

El carácter público del procedimiento legislativo en nuestro concepto es una consecuencia directa de la función de representación del Congreso. Los representados tienen todo el derecho de saber que están haciendo o los acuerdos que han tomado, o las razones que invocaron sus representantes en la discusión y aprobación de una materia específica. Sin esta información, no tendría sentido el derecho a la participación política.

Señala Carl Schmitt con lucidez, que existe un nexo entre el principio de representación y el principio de publicidad del poder. Basta entender la representación como una forma de "re-presentación", o sea, como una manera de presentar, de hacer presente, de hacer visible lo que de otra forma, quedaría escondido. Vale la pena citar por lo menos dos pasajes:

*"La representación puede tener lugar sólo en la esfera de la publicidad. No hay ninguna representación que se desarrolle en secreto o a solas... Un Parlamento tiene un carácter representativo sólo en cuanto se cree que su actividad propia es pública. Las sesiones secretas, los acuerdos y decisiones secretas de cualquier comité pueden ser muy significativos e*

---

510.- Molas Isidre e Ismael E. Pitarch: Las Cortes Generales en el Sistema Parlamentario de Gobierno, Tecnos, Madrid 1993, pág. 128.



*importantes, pero jamás pueden tener un carácter representativo*"<sup>511</sup>.

*"Representar significa hacer visible y hacer presente a un ser invisible mediante un ser públicamente presente. La dialéctica del consenso está en que lo invisible se presupone como ausente y, a la vez, hecho presente"*<sup>512</sup>.

La publicidad constituye uno de los postulados en que descansa el carácter representativo de los Parlamentos<sup>513</sup>. Como señalaba un diputado de la Cámara de los Comunes, en la Inglaterra de 1861, de nombre Sir Francis Winnington, "no es natural ni racional que el pueblo que nos ha elegido no esté informado de nuestras acciones"<sup>514</sup>. El principio de publicidad parlamentaria estaría justificado, así, fundamentalmente por tres razones: En primer lugar porque la misma noción de representación exige, por definición, la publicidad, de manera que la opinión pública tiene derecho a conocer cuáles son los acuerdos adoptados en el Parlamento, como asimismo las diferentes argumentaciones que se mantuvieron y defendieron en la adopción de éstos. Además, porque la publicidad parlamentaria pone fin a la naturaleza secreta de la actividad política de otros tiempos, actuando como un instrumento a través del cual se mantiene un contacto permanente entre los representantes y los representados. Por último, porque la publicidad de los debates parlamentarios orienta a los electores en el ejercicio del derecho de sufragio en los comicios venideros. Así las cosas, Begehot manifestaba que las funciones encomendadas a la Cámara de los Comunes eran la de expresar la opinión del pueblo, la de enseñar a la Nación lo que no se sabe y la de hacernos oír lo que de otra manera no oiríamos<sup>515</sup>.

*"Dado el lugar que ocupa el Parlamento en el entramado constitucional de las instituciones liberales, dado su origen vinculado a un proceso electoral y su función representativa, el Parlamento está directamente vinculado al pueblo...por eso el debate no solamente se realiza en nombre del pueblo, ya que la decisión se toma por y para él, sino que la relación entre el Parlamento y pueblo debe ser directa y explícita; así pues, no*

---

511.- Karl Schmitt citado por Bobbio, *op. cit.*, pág. 112.

512.- *Ibídem*.

513.- De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, "Curso de Derecho Constitucional III", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 505.

514.- *Ibídem*, págs. 505-506.

515.- *Ibídem*, págs. 505-506.

*puede haber debate o resolución que no llegué finalmente a la opinión pública*<sup>516</sup>.

Más allá del procedimiento legislativo, el carácter público es inherente al manejo de la cosa pública. Es propio de la naturaleza de la democracia el que nada pueda permanecer confinado en el espacio del misterio<sup>517</sup>. No sin razón, la asamblea ha sido comparada a menudo con un teatro o con un estadio, o sea, con un espectáculo público, donde precisamente hay espectadores llamados a asistir a una acción escénica que se desarrolla según reglas preestablecidas y que concluye con un juicio<sup>518</sup>. Como señala Bobbio, el carácter público del poder, entendido como no secreto, como abierto al "público", permanece como uno de los criterios fundamentales para distinguir el Estado constitucional del Estado absolutista y, por tanto, para marcar el nacimiento o el renacimiento del poder público en público<sup>519</sup>.

En ese sentido, si consideramos que el Parlamento, como institución de legitimación, no puede cumplir su misión sin que sus decisiones y actuaciones sean públicas, y sin que también sean públicas las razones por las que se ha llegado a determinado acuerdo<sup>520</sup>. La forma como se elaboran los decretos de legislativo y los decretos de urgencia, es casi clandestino, pues son elaborados por los equipos de asesoría y apoyo de algún Ministerio o del Consejo de Ministros, para ser finalmente aprobados por este último, con la presencia del Presidente de la República, siendo conocidos por la ciudadanía cuando ya están publicados y surtiendo efectos, convirtiéndose estos decretos de urgencia, en lo más opuesto a la idea de la ley como expresión de la voluntad general<sup>521</sup>.

De este modo, la discusión de estas normas se realiza en privado, por no decir en secreto, en los gabinetes de los ministros, siendo los asesores (y usualmente los asesores externos de los asesores), quienes no tienen mandato popular, ni pueden ser objetos de la crítica o del escrutinio público y menos pueden asumir responsabilidad política como los representantes, los encargados de elaborar los decretos de urgencia. El análisis del electorado consciente sobre la actuación de sus representantes, se ve grandemente dificultado si el Parlamento es secreto y si los canales de comunicación con el ciudadano son mediatizados y poco directos. Por eso la mayoría de los autores

---

516.- Molas Isidre e Ismael E. Pitarch: op. cit., pág. 128.

517.- Norberto Bobbio, El futuro de la democracia, Plaza Janes & Editores S.A., Barcelona, 1985, pág. 108.

518.- Ibíd.

519.- Bobbio: op. cit., pág. 112.

520.- Molas Isidre e Ismael E. Pitarch: op. cit., pág. 129.

521.- Es necesario matizar esta afirmación pues nos encontramos en realidad ante el enfrentamiento y la imposición de intereses mayoritarios frente a intereses minoritarios.

defienden la necesidad de ampliar las áreas y técnicas de publicación<sup>522</sup>. En el caso de los decretos de urgencia y de los decretos legislativos, si existen o no grupos de presión o "loobys" para conseguir una u otra norma o para conseguir una modificación de lo establecido para beneficiar a tal o cual negocio, nunca lo sabremos<sup>523</sup>. Y es muy probable que muchas veces ni siquiera los Ministros o el propio Presidente, quienes suscriben estas normas lo sepan.

Existe de por medio de esta discusión un problema de legitimidad, de capital importancia a la hora de exigir su cumplimiento a los ciudadanos. La conciencia de que la ley que uno tiene que acatar, ha sido elaborada por sus elegidos, y que se ha llegado a ella con su asentimiento, o siquiera con su participación, más o menos influyente, crea cierta predisposición a la obediencia, la que tampoco falta en la dictadura, si bien está inspirada, en este caso, por otros móviles psicológicos<sup>524</sup>.

Finalmente, esta condición pública del proceso legislativo permite la participación ciudadana, en la medida que facilita el acceso a la información a través de la prensa, de las sesiones públicas, de la invitación a sectores representativos o interesados por la legislación para ser consultados, etc. En definitiva ¿Por qué es importante el carácter público del procedimiento?, para que la ciudadanía conozca de los temas en debate, pueda formarse sus propias convicciones y eventualmente tomar parte en el debate nacional sobre las materias legislativas que el Congreso debe modificar o crear.

#### 4.3.2. El control parlamentario asegura la representatividad y de pluralismo político

Este principio ya ha sido desarrollado, razón por la cual no abundaremos mucho sobre el punto, antes bien intentaremos relacionar este principio con los decretos de urgencia en concreto. El punto es claro, a diferencia del Poder Ejecutivo, del Consejo de Ministro, y de los asesores de estos, que son los que finalmente elaboran el decreto de urgencia, el Parlamento como consecuencia de su composición plural, permite asegurar y garantizar las condiciones para que la ley sea discutido por una cámara cuyos miembros han sido escogidos y designados por el pueblo, por la población electoral, y en cuya composición se encuentran representadas los distintos sectores de la sociedad, y que más allá que constituyan mayorías y minorías, tienen derecho ha ser escuchadas.

---

522.- Molas Isidre e Ismael E. Pitarch, op. cit., pág. 129.

523.- Chipoco. op. cit., pág. 8

524.- Hans Kelsen, Esencia y valor de la democracia, Ediciones Guadarrama Colección Universitaria de Bolsillo. Punto Omega, Barcelona, 1977, pág. 95.

Quizá la razón más convincente esté por el lado de la naturaleza esencialmente plural de la sociedad tal como lo señala Isidro Molas:

*"No sólo porque la sociedad está dividida en clases, estratos y sectores sociales bien diferenciados y antagónicos; no sólo porque los intereses corporativos, culturales, nacionales, etc., son diversos, no sólo porque en cada formación social perviven culturas y pensamientos políticos diversos derivados de estructuras económicas también distintas, sino por la misma naturaleza de nuestra sociedad competitiva e invertebrada, la representación debe ser realmente, y también teóricamente, plural. En la sociedad actual no hay, habitualmente, un partido o grupo político, que en condiciones de libertad pueda representar a todos los ciudadanos; podrá haber mayorías hegemónicas y dominantes; pero democracia es sinónimo de pluralismo. La afirmación del pluralismo político, ligada a la de la representación, refuerza el derecho de cualquier grupo o fuerza política a presentar iniciativas a la consideración del Parlamento"*<sup>525</sup>.

Sostiene Karl Loewenstein, que el "Parlamento ideal debería constituir el microcosmos de la totalidad de las fuerzas socio-políticas de la comunidad"<sup>526</sup>. En efecto, el principio fundante de la institución parlamentaria en el sistema democrático liberal es el principio de la representatividad y el pluralismo político. Partiendo de la convención de que las personas son iguales políticamente, y que nadie que no haya sido designado por ellas puede gobernarlas, tras constatar que no es posible el ejercicio de la democracia directa, se conviene que sólo los representantes pueden obligar al conjunto, porque expresan la voluntad de todos los ciudadanos<sup>527</sup>, voluntad que es indispensable a la hora de elaborar las leyes si queremos que la sociedad no sólo se reconozca en ellas si no sobre todo las cumpla.

La pregunta entonces que hay que plantearnos, es si los decretos de urgencia, que son normas elaboradas por funcionarios del Ejecutivo desconocidos y que no fueron elegidos por el voto popular --y en consecuencia no expresan la voluntad de todos los ciudadanos--, al no ser representantes legítimos, pueden **obligar y vincular** al conjunto de la comunidad política. Aún cuando se argumente en contra de esta tesis, y se sostenga que en el Consejo de Ministros, ente que finalmente aprueba las normas con rango de ley que expide el Ejecutivo, existe pluralidad, la doctrina exige, que no

---

525.- Molas Isidre e Ismael E. Pitarch: op. cit., pág. 118.

526.- Loewenstein, op. cit., pág. 255.

527.- Isidre Molas, op. cit., pág. 115.



sólo basta el pluralismo representativo sino que es necesario que este a su vez refleje un pluralismo institucional<sup>528</sup>.

El principio de representatividad conlleva que los parlamentarios aisladamente y las minorías parlamentarias, aunque sean mínimas, tienen algo que decir a la hora de expresar la voluntad de la nación<sup>529</sup>, posibilidad que se encuentra vedada y es impensable en el caso de los decretos de urgencia y los decretos legislativos. El fundamento de este principio se encuentra en la propia naturaleza de la sociedad actual, como ya dijimos<sup>530</sup>.

#### 4.3.3. El control parlamentario asegura el debate, la contradicción, la transacción, el consenso y la legitimación

Los procedimientos parlamentarios están previstos teológicamente para buscar la confluencia, la transacción y el consenso<sup>531</sup>. A diferencia del Poder Ejecutivo cuando elabora los decretos de urgencia y decretos legislativos, al Congreso reflejo de la sociedad, le interesa recoger, escuchar no sólo las voces dominantes, que expresan las fuerzas políticas hegemónicas o mayoritarias en un momento concreto, sino tener presentes también aquellas que obedecen a intereses o sectores otrora dominantes y ahora en posición subordinada; y oír también los gérmenes de renovación que expresan formaciones ahora minoritarias, que pueden devenir determinantes en el futuro<sup>532</sup>. Por último, aún cuando no exista la mayor voluntad e interés del Parlamento para escuchar y menos aún recoger lo propuesto por los grupos de minoría y/o oposición, *este es una arena política* donde se pueden expresar libremente y decir su palabra, su posición de cara a la sociedad y la opinión pública.

La importancia de este debate plural, no es adjetiva. La **función de legitimación** del Parlamento en el sistema democrático sólo puede ser cumplida plenamente, si todos pueden expresar sus razones, y todos pueden intervenir finalmente en la adopción de la decisión. Como señala Isidre Molas, "la función principal del Parlamento es un esquema democrático: organizar el consentimiento, es

---

528.- *Ibíd.*, pág. 118.

529.- *Ibíd.*, pág. 117.

530.- "No sólo porque la sociedad está dividida en clases, estratos y sectores sociales bien diferenciados y antagónicos, [como nuestro país], no sólo porque los intereses corporativos, culturales, nacionales, etc., son diversos; no sólo por que en cada formación social perviven culturas y pensamientos políticos diversos derivados de estructuras económicas también distintas, sino por la misma naturaleza de nuestra sociedad competitiva e invertebrada, la representación debe ser realmente, y también teóricamente, plural". Isidre Molas, *op. cit.*, pág. 118.

531.- Isidre Molas, *op. cit.*, págs. 123-124.

532.- Ver Isidre Molas, *op. cit.*, p. 120.

decir, la Cámara es el centro de legitimación política de las decisiones y del sistema"533.

Es necesario agregar que el debate y la discusión, no se producen en el vacío, no solamente para permitir la expresión de las voluntades o criterios políticos. El debate debe culminar en una decisión. Así mismo, ni la discusión se produce en el vacío, ni el debate consigue habitualmente la unanimidad. El debate se produce porque existen posturas contrarias. Como sostiene Isidro Molas:

*"El sistema parlamentario permite precisamente explicar ante cada tema por qué existen propuestas y soluciones divergentes entre los diversos programas. El sistema parlamentario es un sistema fundamentalmente agregativo y acumulativo; aunque al final la mayoría de las cuestiones se resuelve por mayorías (...) Sin embargo, el conjunto de procedimientos y técnicas de tramitación y debate permiten, e incluso pretenden, forzar el consenso, la transacción, la negociación, el diálogo cumulativo, en que las propuestas casi nunca son aprobadas en los mismos términos en que entraron a las Cámaras"534*

Agrega el profesor Guembes:

*"Solamente el parlamento expresa el pluralismo. Sólo por su intermedio tienen voz y voto los ciudadanos que discrepan y disienten. Incluso si concedemos verdad a quienes afirman que los representantes sólo lo son de grupos de interés, y de elites de diverso calibre y denominación, el Parlamento seguiría siendo el foro de grupos de interés activos políticamente y disímiles en objetivos propósitos. La pluralidad de intereses presentes en el parlamento le otorga algún grado superior de nobleza democrática frente al gobierno"535.*

De esta manera, cuando el Ejecutivo acapara y concentra las facultades legislativas --relegando al Parlamento--, las leyes, en lugar de ser producto del debate y competencia de diversas fuerzas, sometidas todas ellas al escrutinio público, las leyes son producto exclusiva y excluyentemente de algunos miembros del Poder Ejecutivo.

---

533.- Isidro Molas, *op. cit.*, pág. 114.

534.- Isidro Molas, *op. cit.*, p. 132.

535.- César Delgado Guembes, César, *¿Qué Parlamento queremos?*, Cultural Cuzco, Lima, 1992, pág. 35.

La forma como se aprueban los decretos de urgencia, impide el proceso de "articulación pública de intereses", actividad que por el contrario si es cumplida por el carácter público del procedimiento legislativo. Para el profesor Berlín Valenzuela, la función representativa también conocida como función de "integración pública de intereses" consiste en que las decisiones son tomadas mediante la confluencia del conjunto de intereses involucrados en un proyecto o, al menos de los más importantes<sup>536</sup>. Gregorio Peces-Barba ha dicho que esta función de integración es la que da al parlamento su sentido más profundo, por ser éste, "El único sistema capaz de integrar... a todas las fuerzas que acepten las reglas del juego de la libertad y de las mayorías, donde los enfrentamientos se resuelven no con el exterminio del adversario, sino a través de la regla de las mayorías"<sup>537</sup>.

#### 4.3.4. El control parlamentario permite la deliberación

Muy vinculado al punto anterior esta el tema de la deliberación, sin embargo, aquí queremos abordarla por separado. Una de las funciones sustanciales del Congreso es la de desarrollar una *actividad deliberativa*. La ley no debe ser expresión de la opinión y en consecuencia de la imposición de una sola concepción que sobre un problema tenga uno o un pequeño grupo de asesores en torno al Gobierno, que en todo caso se acercarán al problema desde la perspectiva de los intereses del Poder Ejecutivo, sino que debe ser consecuencia de todo un debate y discusión, donde realmente exista un intercambio de opiniones, ideologías y pareceres, y donde como consecuencia del principio de contradicción se arribe a un "acuerdo". La deliberación no es sino antesala para la existencia de un verdadero acuerdo.

Para el mexicano Berlín Valenzuela, la deliberación supone "pensar con detenimiento acerca de los aspectos, antecedentes y consecuentes de un acontecer para tomar una decisión, lo que implica una suma de conocimientos, previa o simultánea al acontecer, relativa a cual debe ser el sentido de una decisión<sup>538</sup>". Los procedimientos deben asegurar que la deliberación parlamentaria, expresada en el debate real y profundo de los temas que tratan se realice en la práctica. Pero a la deliberación y al debate o confrontación, hay que añadir el deseo, la necesidad de la construcción del consenso nacional<sup>539</sup>.

---

536.- Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 133.

537.- Gregorio Peces-Barba, Reflexiones sobre el Parlamento. Estudios de Derecho Parlamentario. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pág. 213, citado por Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 133.

538.- Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 135.

539.- Chipoco, *op. cit.*, pág. 10.

En efecto, el primero de los papeles del Parlamento es la función de aglutinar los intereses de la comunidad en torno a algo que podríamos describir como el interés nacional. Edmund Burke señaló "El Parlamento es una asamblea deliberativa, perteneciente a una nación con un único interés, el de la totalidad. En ella, no deberían considerarse como directrices los propósitos o prejuicios locales, sino el bien general resultante de la razón general de la totalidad"<sup>540</sup>.

Existen en nuestros países como señala el Congresista Carlos Chipoco, innumerables temas de interés nacional donde es posible, y muchas veces necesario, desarrollar un consenso, voz concertada y unánime de los representantes. Los mecanismos parlamentarios tienen como criterio de su desarrollo y aplicación, el fomento del consenso parlamentario, la generación de espacios y ocasiones donde los congresistas de mayoría y de oposición, puedan llegar a ciertos acuerdos de carácter nacional. La consecuencia de ellos para el país es muy importante pues se trata de la ubicación de objetivos nacionales trascendentes y de acciones vinculadas a dichos objetivos<sup>541</sup>.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de ser ingenuos. Es bueno aquí recordar lo que dijimos a propósito del control del Parlamento por el Gobierno a través de su mayoría oficialista. En aquel momento decíamos que "La voluntad del Parlamento no es así el resultado de la deliberación, sino la formalización de la voluntad que la mayoría parlamentaria había formado ya antes de que éste se iniciase"<sup>542</sup>. Esta afirmación, tampoco es del todo verdadera y exacta, sin embargo, constituye una tentación permanente para el Gobierno, sobre todo cuando tiene poca costumbre de generar y propiciar el consenso y la concertación en diferentes aspectos. En todo caso, esta tentación constituye un límite nada nuevo en la práctica parlamentaria cotidiana. Por último tampoco debemos olvidar que el principio democrático que las decisiones se toman por mayoría.

Indudablemente, los Parlamentos realizan en las sociedades modernas una importante labor como **homologador y de decantador de las distintas posiciones en la sociedad**. Lo ideal sería que, el gobierno plantee a los partidos y a las diversas organizaciones sociales, cuales son sus aspiraciones de cambio en materias específicas. Así, los partidos se van pronunciando, el debate se va desarrollando primero en la calle, y va transcurriendo en los medios, y finalmente, el Parlamento

---

540.- Steven Lukes: El Debate sobre el declive del Parlamento británico, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 27.

541.- Chipoco, op. cit., pág. 10

542.- Francisco Rubio Llorente, op. cit., pág. 253.



termina siendo un homologador de posiciones ya perfiladas y comprometidas<sup>543</sup>. Esta posibilidad del Congreso, de homologar y traducir las distintas opiniones y demandas, es una implicancia o en todo caso es una consecuencia de que el Parlamento es ante todo un *lugar de encuentro* de la pluralidad de la sociedad, de construcciones no sólo de acuerdos políticos, sino de construcción de las imágenes y de los conceptos a través de los cuales el país se autopercibe. No es una mera agregación ni suma de intereses. El Parlamento sigue siendo "(...) *uno de los grandes puntos de encuentro de la sociedad [moderna]. Es allí donde la sociedad se construye lentamente, donde los intereses particulares devienen en intereses colectivos. Al hacerse cargo de voces múltiples y procurar relacionarlas en un colectivo, deviene uno de los puntos claves donde construimos el nosotros cívico. No es una mera negociación de intereses y transacciones, sino una construcción, y todas las construcciones son lentas*"<sup>544</sup>. Por eso cuando se exige mayor eficiencia al Parlamento es necesario recordar que eficiencia no es sinónimo de rapidez ni del voto de la mitad más uno. La mera imposición de las mayorías no asegura ninguna democracia. Lo fundamental no es decidir sino, como dice Carlos Pareja, " (...) *lograr que las adhesiones resulten vinculantes para todos sus miembros, que aquellos núcleos de ciudadanos que oponen a los criterios sancionados de gestión, pueden ser rescatados e integrados --sin dejar por el camino sus críticas y sus propuestas-- como depositarias de expectativas arraigadas y de pretensiones valiosas*"<sup>545</sup>.

El ejercicio ilimitado de la función legislativa por el Ejecutivo, que se manifiestan a través de los decretos de urgencia, impide ejercer la función de construcción del consenso nacional en determinados temas en los que puede haberlo, frustrando la mayor solidez y eficacia de las normas legales, las que salen como expresión unilateral y no de cierto consenso del conjunto de los sectores políticos del país. El derecho no sólo es fuerza y coacción, sino también acuerdo y construcción del consenso. Si restringimos o eliminamos el consenso, la negociación y el debate, nos queda sólo la fuerza y el poder, necesarios pero insuficientes para construir un país.

#### 4.3.5. El control parlamentario permite la participación de la oposición y de las minorías en la elaboración del decreto de urgencia

Las normas con rango de ley que el gobierno está promulgando a través de los decretos de urgencia, no son expresión de los intereses de todos los representantes

---

543.- Oscar A. Bottinelli. El Parlamento y su función política. En: Cuaderno del CLAEH N° 73-74, Montevideo, 2° serie, año 20, 1995/2-3 ISBN 0797-6062, Montevideo, Uruguay 1995, pág. 167-177.

544.- *Ibidem*.

545.- Carlos Pareja. El sueño del parlamentario propio. La compra apresurada de un modelo engañoso. En: Cuaderno del CLAEH N° 73-74, Montevideo, 2° serie, año 20, 1995/2-3 ISBN 0797-6062, Montevideo, Uruguay 1995, pág. 199.

elegidos por el pueblo, y menos aún de la oposición, sino de funcionarios públicos vinculados al partido gobernante solamente, que no son representantes pues no han sido elegidos por votación popular. Esto nos plantea el problema del carácter democrático y la legitimidad como consecuencia de la exclusión de las minorías y de la oposición en el proceso de construcción de las leyes.

En la democracia el método para la adopción de decisiones se modifica, deja de ser el simple gobierno de la mayoría, para constituirse en gobierno de la mayoría limitada, respetuoso de los derechos de la minoría y por ende de la oposición. Esta actitud se convierte así en el auténtico criterio para determinar si un régimen es o no democrático<sup>546</sup>. Este principio de incorporar el pluralismo, de otorgar derechos a las minorías y aceptar el libre debate y competencia democrática debe expresarse en el debate público entre mayoría y oposición de la mayoría o por lo menos la gran parte de las leyes del país.

Para un autor de la talla de Kelsen, el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones<sup>547</sup>. En ello estriba el verdadero sentido del principio de la mayoría en la democracia genuina, y por esto es preferible darle el nombre de "principio de mayoría y minoría". En efecto, al quedar agrupada en dos sectores esenciales la totalidad de los ciudadanos, brota la posibilidad del convenio o transacción para la formación de la voluntad colectiva. La transacción consiste en posponer lo que estorba a la unión, a favor de lo que contribuye a ella<sup>548</sup>.

Aunque en un tiempo se entendía que el principio de la mayoría absoluta era el más adecuado relativamente para realizar la idea de la democracia, hoy, por lo contrario, se reconoce que en ciertos casos el principio de la mayoría cualificada puede constituir un camino más derecho para la idea de la libertad, porque puede significar cierta tendencia a la unanimidad en la formación de la voluntad colectiva<sup>549</sup>. El principal aporte de la relación mayoría-minoría es su **capacidad de integración social al conjunto de la sociedad**. En un texto que Kelsen escribió allá por el año de 1920, este autor señalaba que "el sentido del principio de la mayoría no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la idea de que bajo la acción de este principio, los individuos integrantes de la comunidad social se divida en dos grupos fundamentales". Este autor anota a continuación, que "la

---

546.- Angel Sánchez Navarro, Las minorías en la estructura parlamentaria, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pág. 40.

547.- Hans Kelsen, Esencia y valor de la democracia, Ediciones Guadarrama Colección Universitaria de Bolsillo. Punto Omega, Barcelona, 1977, pág. 85-86.

548.- *Ibidem*.

549.- *Ibidem*, pág. 83.

tendencia a formar y a lograr una mayoría se deriva la consecuencia de constituirse dos grupos adversos que luchan por el poder, reduciendo las innumerables tendencias de disgregación y diferenciación dentro de la comunidad a una sola y cardinal contraposición"550.

Finalmente sobre este punto Kelsen agrega que, la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino "el resultado de influencias recíprocas entre ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas"551. No obstante, no podemos dejar de reconocer que en determinadas circunstancias se cae en una verdadera dictadura o imposición sistemática del criterio de la mayoría vinculada al gobierno sobre la oposición, sobre la minoría. Sobre este último supuesto, no tan alejado de nuestra realidad, Kelsen sostiene que "una dictadura constante de la mayoría sobre la minoría resulta imposible, porque una minoría privada por completo de influencia renunciaría al fin y al cabo a su intervención, puramente formal y, por consiguiente, inútil e incluso perjudicial en la formación de la voluntad colectiva, **despojando a la mayoría de --que por su concepto no puede serlo sin minoría-- de su carácter de tal"** 552.

En otras palabras, la mayoría necesita a la minoría, sino esta última, la mayoría deviene en totalitaria. Aceptar esta práctica legislativa del Estado de expedir los decretos de urgencia, de espaldas y sin el concurso de la oposición y la minoría, implica una modificación del método democrático de adopción de decisiones, método según el cual, "La democracia deja de ser el gobierno de la mayoría, para convertirse en el gobierno de la mayoría limitada, respecto de los derechos de la minoría"553. Este respeto a la minoría se convierte así, "en el auténtico criterio para determinar si un régimen es o no democrático. Porque si la democracia implica capacidad de decisión del pueblo, está sólo puede expresarse de forma mínimamente auténtica cuando existe un marco de libertades que posibilitan la discusión y la crítica pública"554. En esa misma lógica, se pueda firmar que el respeto y la salvaguarda de los derechos de las minorías es "lo que mantiene el dinamismo y la dinámica de la democracia (...) la condición necesaria del proceso democrático mismo"555. Según el profesor Cesar Landa, "la praxis democrática se legitima a partir de la oposición política y no al revés"556. En otras palabras, "es la oposición quien legitima al poder democrático y no el poder quien

---

550.- *Ibidem*, pág. 84.

551.- *Ibidem*, pág. 85.

552.- *Ibidem*, pág. 85.

553.- Sartori, *op. cit.*, 1988, pág. 55.

554.- Angel Sánchez Navarro: *op. cit.*, pág. 40.

555.- Sartori, *op. cit.*, 1988, pág. 170

556.- Cesar Landa, *op. cit.*, pág. 113.

legítima a la oposición"<sup>557</sup>, la protección de las minorías "emerge como elemento central de una teoría de la democracia y del funcionamiento del sistema democrático"<sup>558</sup>.

Sin embargo, se nos podrá decir como argumento en contrario, que no siempre los reclamos de la oposición son recogidos por la mayoría. Efectivamente, muchas veces en la discusión de leyes en el pleno del Congreso, no siempre la mayoría acoge e incorpora los aportes y las propuestas de la oposición. Aún cuando, en este último supuesto de negativa de la mayoría a recibir y a considerar los aportes de los grupos minoritarios, nos queda la función de control<sup>559</sup> y fiscalización pública con que cuenta la oposición, posibilidad que es impensable, cuando los decretos de urgencia son "fabricados" por el Ejecutivo, de espaldas a la sociedad y al Parlamento. En otras palabras, la sociedad se encuentra desprotegida, obligada a cumplir y observar normas cuyos representantes las conocieron cuando ya estaban promulgadas y surtiendo efectos legales, con todo el problema de la irreversibilidad de estas disposiciones y la inseguridad jurídica que se crearía ante su derogación posterior y sobre todo de la ausencia de legitimidad política de dichas normas.

Apreciamos como, el principio de respeto a la representación plural que debe existir en el Congreso, es decir, el respeto a las minorías y al libre y adecuado debate del tema público es de suma importancia. El Congreso es la única instancia del Estado donde se institucionaliza la presencia y el debate de diversas fuerzas políticas, algunas de ellas distintas y opositoras al Gobierno. Y es bueno remarcar, que no se trata solo de mayorías y minorías, lo que finalmente parece aludir más a una materia numérica o a grupos<sup>560</sup>. Se trata más bien de mayoría y oposición, de gobierno y oposición, lo que supone un tema cualitativo de opciones políticas distintas en un terreno público de disputa por los votos del electorado, donde una o varias fuerzas políticas de "oposición" buscan reemplazar al gobierno. En ese sentido una de las características de esta instancia de integración es el pluralismo político, lo que supone la existencia real de la oposición, con plenas facultades para debatir y disputar políticamente<sup>561</sup>. Finalmente, todo ello supone el respeto no solo a los grupos políticos

---

557.- *Ibidem*.

558.- Massari Oreste: "Natura e ruolo delle opposizione politico-parlamentare", citado por Alejandro Sánchez Navarro, *op. cit.*, pág. 39.

559.- Según Giuseppe Vergottini, "La oposición se integra en el mecanismo gubernativo operando como limitación interna al poder", Giuseppe Vergottini, citado por Cesar Landa, *op. cit.*, pág. 115.

560.- "Los términos oposición y minoría no son sinónimos. El concepto de oposición es esencialmente jurídico y político, mientras que el de minoría es mucho más amplio: cabe hablar de minorías étnicas, lingüísticas, sociales" Sánchez Navarro, *op. cit.* pág. 42.

561.- El término oposición aparece ligado estrechamente a la teoría y praxis del Estado democrático; porque históricamente éste ha sido el sistema que, ante la evidencia del conflicto



como tales, sino también al parlamentario individual, quien constituye "la primera minoría", quien tiene derecho a opinar y decidir<sup>562</sup>.

#### 4.3.6. El control parlamentario permite asegurar el respeto a la seguridad jurídica

El cumplimiento del procedimiento legislativo para aprobar los decretos de urgencia constituye un componente central de la seguridad jurídica de un Estado, pues permite conocer al conjunto de la ciudadanía con la debida anticipación diversos procesos y resultados parlamentarios. Así, los pasos para que un proyecto de ley llegue a ser, ley de la República, permiten que los ciudadanos no sólo conozcan que una norma -vigente en un momento dado- puede cambiar, sino incluso participar en el proceso de modificación a través de sus representantes o en forma directa. En efecto, esta seguridad permite que la ciudadanía acceda al proceso de cambio, la posibilidad de opinar al respecto y finalmente la preparación personal, empresarial y jurídica para el cambio propuesto. La discusión pública de los decretos de urgencia, asegura la pre-determinación y la confiabilidad en el sistema legislativo y en consecuencia en el ordenamiento jurídico, y ayudan a la estabilidad necesaria para cualquier inversión o transacción económica<sup>563</sup>.

Sin embargo, esto no quiere decir que el conjunto de la ciudadanía siga con especial atención lo que sucede en el Congreso y lo que discuten sus representantes. No es para nadie una novedad, los niveles de desprestigio que desde hace tiempo el Congreso como institución en las democracias modernas experimenta, desprestigio que en nuestro país se acentúa, según puedan dar fe innumerables encuestas de opinión. El nivel de conocimiento de las labores parlamentarias es mínimo. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones fácticas, es preferible esta situación de relativa indiferencia de la sociedad, a los decretos de urgencia elaborados en los despachos ministeriales, y sin la menor posibilidad que los distintos grupos de la sociedad organizados o no, puedan recurrir a los distintos medios de comunicación de expresión para hacer escuchar sus opiniones y las consecuencias de una determinada medida, antes que este sean aprobadas y comience a surtir efectos jurídicos.

Para la doctrina, la utilización indiscriminada de los decretos de urgencia por los gobiernos, "lejos de consolidar el sistema democrático, lo debilita, porque genera

---

social ha reconocido su inevitabilidad, incorporándolo y regulándolo. De aquí que, el reconocimiento del conflicto se ha considerado como un rasgo distintivo de los sistemas democráticos; lo cual se ha traducido, en el plano jurídico-político, en la institucionalización de la oposición. Cesar Landa Arroyo, Derecho Político. Del gobierno y la Oposición Democrática, Fondo Editorial de la PUCP - CONCYTEC, Lima 1990, pág. 14.

562.- Colomer Antonio y López González, en "Análisis Comparado del Papel de las Minorías en la Vida Parlamentaria", Valladolid, 1991. Sánchez Navarro, op. cit., pág. 51.

563.- Carlos Chipoco, op. cit., pág. 7.

inseguridad jurídica"<sup>564</sup>. Consecuencia de la permanente y estrecha vinculación que existe entre el Derecho y el Estado, ha surgido precisamente el Estado de Derecho, es decir, el Estado enteramente sometido, a normas jurídicas, el Estado cuya misión fundamental es asegurar el Derecho en la sociedad. Se establece en favor de los individuos la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será siempre utilizado en la forma y condiciones fijadas previamente por las normas jurídicas. Este conocimiento cierto de la forma como será aplicado el Derecho en cada caso es lo que se conoce como seguridad jurídica<sup>565</sup>.

De este modo, se confiere a los ciudadanos la certidumbre de la forma en que se ejecutará el Derecho, de tal manera que cada individuo puede prever cómo se utilizará el aparato coercitivo del Estado o lo que le está prohibido, permitido y obligado hacer, en determinadas circunstancias, a él y a los demás<sup>566</sup>. Según Rodrigo Borja, más que una protección contra los particulares la seguridad jurídica es una garantía de respeto a la ley por el Estado, en todas sus manifestaciones, ya que de él más que de los particulares, puede tenerse la violación del orden jurídico. La seguridad jurídica es, una garantía de ejecución del Derecho, que ofrece a los ciudadanos la certidumbre de que éste será aplicado en la forma prevista, sin arbitrariedades ni sorpresas<sup>567</sup>. La seguridad jurídica supone entonces, hablar de "la confianza que tienen en un Estado de Derecho el ciudadano al ordenamiento jurídico, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y el orden jurídico"<sup>568</sup>.

Esta certidumbre que la sociedad, los agentes económicos y los distintos grupos sociales necesitan y en función de la cual asumieron obligaciones y compromisos de naturaleza económico y comercial, se vulnera cuando, en forma inesperada y sorpresiva aparecen en el Diario Oficial "El Peruano" un decreto de urgencia que introduce alguna modificación en el sistema tributario. Sin esa previsibilidad, los riesgos en las operaciones económicas aumentan y se desincentiva la dinámica economía. En ese sentido, es de suma importancia para toda sociedad y para el desarrollo normal de la dinámica económica, la pre-determinación o previsibilidad de los **procedimientos** públicos. Las reglas de juego jurídicas deben ser perfectamente predeterminadas, consistentes y conocidas, justamente para afirmar la seguridad jurídica. Este valor es crucial porque precisamente "asegura que el conjunto de

---

564.- Pedro Aberastury. Reglamentos de necesidad y urgencia en el actual proceso de democratización, en Revista de Derecho Administrativo". Depalma, Buenos Aires, 1989, N° 2, setiembre-diciembre de 1989, pág. 511. Citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 12.

565.- Rodrigo Borja. Derecho Político y Constitucional. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 299.

566.- *Ibidem*.

567.- *Ibidem*.

568.- Fundación Tomas Moro, Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, Madrid, 1994, pág. 906.

transacciones y actuaciones que se realizan en la sociedad son conocidas en sus alcances y limitaciones (obligaciones y derechos) por los sujetos de derechos que intervienen en ellas"<sup>569</sup>. La importancia de este valor para el desarrollo económico es crucial, pues las reglas de los contratos, de los intercambios económicos, de las inversiones y en general de las transacciones económicas están determinadas por el derecho<sup>570</sup>.

Norberto Bobbio habla de la función de seguridad de la ley. Según este autor, esta función depende del carácter puramente formal de la ley, el carácter de abstracción, es decir, el hecho de que enlaza una determinada consecuencia a la comisión o emisión de una acción típica y, como tal, irrepetible. En ese sentido, al promulgar normas abstractas, puede desarrollar en cuanto a asegurar la **previsibilidad** y, por tanto, la **calculabilidad** de las consecuencias de las propias acciones, favoreciendo de esta manera el intercambio económico<sup>571</sup>.

Vemos pues, como la expedición de los decretos de urgencia en forma inesperada y súbita por parte del Ejecutivo o lo que es su contraparte: la incapacidad del Congreso para realizar el control de estas normas por parte del Congreso, socava la seguridad jurídica. Los agentes económicos no saben si el Ejecutivo, interpretando sus facultades legislativas del modo más amplio --tal y como ha ocurrido en diversas ocasiones--, procederá en el futuro a cambiar los términos de las inversiones o de las

---

569.- Carlos Chipoco, op. cit., pág. 6.

570.- "Los mercados eficientes exigen seguridad jurídica para reducir los costos de transacción y hacer frente a los problemas del comportamiento oportunista, de los buscadores de rentas, de las asimetrías de información o del azar moral. Sin esta seguridad jurídica "los agentes económicos tendrán que soportar dosis innecesarias de incertidumbre, el intercambio tenderá a ser personal y limitado, y no abstracto y generalizado, el ahorro y la inversión se desincentivarán con graves e insospechados perjuicios para la economía. En definitiva, los altos costos de transacción producidos por la inseguridad jurídica harán ineficientes los mercados, condenarán a amplias capas de la población a la marginalidad y a la supervivencia, y dificultarán el desarrollo de valores y pautas culturales coherentes con la productividad y la competitividad". Joan Pratts Catala; "Por unos parlamentos al servicio de la democracia, la eficiencia económica y la equidad social", en Revista de la CLAD, Reforma y Democracia, 1996, pág. 72.. Nos referimos a la seguridad jurídica que ofrece estabilidad y tranquilidad en el ordenamiento jurídico, de manera de permitir que los empresarios hagan inversiones, se ocupen de innovar y mejorar la productividad y, en definitiva puedan producir con los mejores patrones de calidad a precios justamente "competitivos". La seguridad jurídica no es la eliminación del riesgo empresarial (protegiendo o dando facilidades a cierta empresa en la actividad económica), sino la que permite la previsibilidad y el cálculo de ganancias y costos en el largo plazo. María Eugenia Boza y Rogelio Pérez Perdomo, Seguridad Jurídica y Competitividad, Ediciones IESA, Caracas, 1996, pág. 15.

571.- Norberto Bobbio, El Futuro de la democracia, Plaza & Janes Editores S.A., España, 1985, pág. 206.

relaciones laborales o de los contratos civiles o incluso las sanciones penales, generándose así un clima de incertidumbre y desaliento de la inversión y de la actividad económica. Buen ejemplo de esa inestabilidad jurídica son las marchas y contramarchas, vía decretos de urgencia, en la legislación tributaria o en la importación de automóviles usados<sup>572</sup>. En este último caso, no sólo se vieron afectados los que realizaron operaciones vinculadas con la compra de automóviles usados, sino que en todos aquellos que potencialmente habían planeado invertir en nuestro país o realizar alguna operación, despertaran dudas y temores a futuro.

Nos encontramos con situaciones donde se puede apreciar las constantes rectificaciones por parte del Gobierno, de diferentes decretos de urgencia, debido a la prisa, la falta de un debate y de una discusión plural<sup>573</sup>. Esto obviamente, le resta seriedad y autoridad no sólo al gobierno, sino alcanza a todo el ordenamiento jurídico. Los distintos agentes sociales y económicos, pierden crédito y confianza en la norma, porque temerán una nueva norma, aprobada en forma sorpresiva, y que pueda modificar radicalmente las condiciones que tuvieron en consideración y en función de las cuales, realizaron sus actividades particulares.

---

572.- Un ejemplo paradigmático de estos es el decreto de Urgencia D.U. N° 05-96, que dispone la suspensión de la importación de vehículos usados de transporte terrestre. En ese caso nos encontramos aquí con un Decreto de Urgencia cuya parte considerativa, sólo cuenta con un párrafo, el mismo que a la letra dice: "Que, el volumen de importaciones de vehículos usados de transporte terrestre ha resuelto la notoria escasez inicial del parque automotor". Luego que el gobierno monto una campaña para atraer capitales en este caso, en el rubro de la importación automotriz, y de haberse instalado capitales, y realizado inversiones cuantiosas, el gobierno súbitamente e inesperadamente cambio las reglas de juego, generando una situación de inestabilidad e incertidumbre peligrosas. Aquí, nos encontramos pues, ante una norma de deslegalización de una actividad hasta entonces permitida, no obstante que se conocía de la existencia de considerables inversiones en dicha actividad de importación. Al prohibirse dicha actividad, se está atentando contra la seguridad jurídica, procediéndose a la deslegalización en forma sorpresiva e inmediata.

573.- Un ejemplo típico puede ser el caso del equipamiento de ambulancias donde se expiden decretos de urgencia para corregir los defectos del decreto anterior. Tenemos así el D.U. N° 050-95. Autorizando al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar un nuevo concurso para la adquisición del equipamiento indispensable para la adecuación de ambulancias. Posteriormente, se expide el D.U. N° 021-96 donde se amplían monto de recursos destinados para la adquisición del equipamiento necesario en la adecuación de 500 camionetas como ambulancias (19 de abril de 1996). Estamos ante ambulancias que fueron adquiridas por el gobierno peruano en el año de 1994, equipadas a través de un decreto de urgencia en 1995, y vueltas a equipar en 1996. Como vemos, además de la ausencia de los requisitos que exige el art. 91° del Reglamento del Congreso, advertimos la existencia de un irregular manejo de los recursos públicos, falto de previsión técnica seria y profesional, donde es el propio ejecutivo, el responsable de la demora ocurrida.



#### 4.4. Naturaleza del Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia

Cuando hacemos alusión a la naturaleza del control parlamentario de los decretos de urgencia, queremos referirnos a algunos elementos y características que definen alguna cosa o institución, dan forma específica, y que permite diferenciarla de otras instituciones similares.

##### 4.4.1. Control de los decretos de urgencia es también un acto legislativo

El control parlamentario de los decretos de urgencia, además de ser ejercicio de la función de control, también implica el ejercicio de la función legislativa<sup>574</sup>. Este es un aspecto sumamente importante y central, del cual se deducirán consecuencias importantes.

La mayoría de la doctrina española entre las que destaca autores como Pablo Santolaya se inclinan por señalar la *naturaleza mixta* del control parlamentario, esto significa que constituye al mismo tiempo un acto legislativo y un acto de control. En efecto, es acto de control y no legislativo porque no se trata de una Ley sino de un "acuerdo" (sin lugar claro en la estructura normativa legal), ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista material, pero al mismo tiempo tiene efectos legislativos en cuanto otorga a normas provisionales una permanencia en el ordenamiento jurídico, y son controlables como "actos con fuerza de Ley", por lo que gozan de una doble naturaleza<sup>575</sup>. Incluso, en el caso que deroguen los decretos de urgencia, esto también implica una función legislativa en sentido negativo, tan igual como hace el Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una ley. Tal como sostiene Isidre Molas, la convalidación de los decretos de urgencia si bien se caracteriza por ser un procedimiento de control, habría que manejar también su dimensión legislativa ya que de la decisión del Congreso depende que una norma con rango de ley permanezca en el ordenamiento o quede excluida del mismo<sup>576</sup>.

Esta posición ha sido desarrollada por Montero y García Morillo, quienes afirman que, en el acto de control de los decretos de urgencia se produce una intervención en dos fases: La primera de ellas consiste en una actividad de control, sobre el cumplimiento de los requisitos de la acción gubernamental. La segunda de ellas es una acción sustitutoria de la voluntad del Gobierno por la del Parlamento que tiene que tener efectos legislativos en cuanto le otorga permanencia en el

---

574.- Pablo Santolaya Machetti. El Régimen Constitucional de los decretos leyes, Tecnos, Madrid 1988, pág. 207.

575.- *Ibidem*, págs. 207-208.

576.- Isidre Molas e Ismael E. Pitarch, op. cit., pág. 217.

ordenamiento jurídico, pero sin operar ningún efecto ex novo en el sistema material de las fuentes, sino operando simplemente como una condición resolutoria<sup>577</sup>. Sin embargo, no hay consenso sobre esta doctrina. En la legislación y en la doctrina española tenemos por ejemplo el conocido artículo 86.1 de la Carta Política Española.

*"Artículo 86.-*

*1.- En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomaran la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general".*

Tal como se aprecia, el control es ejercido por la Cámara de Diputados exclusivamente, y se materializa a través de un "acuerdo". Por esta razón, la doctrina española se pronuncia de forma clara por el carácter de "control" y no por el carácter legislativo de la actividad gubernativa que supone la convalidación, y ello tanto por tratarse de un acto unicameral (sólo la Cámara de Diputados), como por la imposibilidad de enmiendas, es decir, de auténtica discusión parlamentaria de toda la representación nacional, y sobre todo, porque, si consideramos la convalidación como una Ley, dejarían de tener sentido los límites constitucionales del artículo 86.1 de la Constitución Española, que evidentemente no son para las Leyes o, mejor dicho, sólo actuarían sobre los Decretos no convalidados y hasta que se produzca esa sanación o convalidación<sup>578</sup>.

Es de notar que en nuestro país, la existencia de estas dos dimensiones del control parlamentario de los decretos de urgencia (la dimensión de control y la legislativa) es más clara y ofrece menos dudas, en la medida que la convalidación o la derogación del control parlamentario de los decretos de urgencia se realizan a través de una ley. Y su discusión involucra a todo el Parlamento Unicameral.

En relación con este mismo punto, la jurisprudencia constitucional que se ha producido en España<sup>579</sup>, subraya el carácter fiscalizador de la vía del artículo 86.2, sin pronunciarse sobre su carácter normativo, y considera la cesación de la provisionalidad como el efecto fundamental de la convalidación, surgiendo la existencia --sin perjuicio de la eventual "inconstitucionalidad sobrevenida", a la que ya nos hemos referido-- de Decretos Leyes simplemente "convalidados" como una fuente

---

577.- *Ibidem*, pág. 209.

578.- *Ibidem*, págs. 207-208.

579.- S.T.C. 29/1982/ de 31 de mayo; 6/1983, 4 de febrero, y 111/1983, de 2 de diciembre; citado por Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 209.

estable de regulación normativa. Como decíamos, si bien esto sucede en España, en países como el nuestro esta fuera de toda duda la dimensión legislativa del control parlamentario de los Decretos de Urgencia, en la medida que no hay las restricciones que existen en España, pudiendo el Parlamento realizar el control e incluso modificar el contenido de la misma.

Por nuestra parte, sin ningún afán de agotar el debate y para efectos prácticos, consideramos que la función legislativa y en concreto, la facultad del parlamento de expedir, derogar y modificar leyes contenido en el art. 102º inciso 1 de nuestra Constitución<sup>580</sup>, puede constituir un interesante instrumento al servicio del control parlamentario de los decretos de urgencia, pues a través de esta facultad se puede derogar y convalidar decretos de urgencia. Como sostiene García Fernández, uno de los rasgos de los instrumentos que sirven para el control parlamentario consiste en la que son "normalmente polivalentes o neutros cuya utilización puede servir a funciones diferentes"<sup>581</sup>.

#### 4.4.2. Un control a posteriori y de efectos sustitutorios

Si sostenemos que el objeto sobre el cual va a volcarse el control del Congreso es el decreto de urgencia, eso significa reconocer que el control parlamentario es siempre un control *a posteriori*<sup>582</sup>, puesto que la lógica jurídica imposibilita la noción de controles previos al requerir la existencia de una actividad anterior al control, que es justamente la controlada. Si existiera un control previo, estaríamos ante la figura de los decretos legislativos (legislación delegada), institución que si bien forma parte de las facultades legislativa del Gobierno, no constituye el objeto de este estudio.

El control de los decretos de urgencia es también un control con "efectos sustitutivos", ya que de lo que se trata es que la voluntad del parlamento sustituya a la del Gobierno, "bien por convalidación bien por derogación"<sup>583</sup>. Es de esta manera, un control *a posteriori* de la producción del acto normativo controlado.

#### 4.4.3. El control parlamentario es un derecho propio

Una consecuencia directa de que el Congreso es el "depositario natural" de las facultades legislativas, es que la facultad de revisar el decreto de urgencia por parte

---

580.- Artículo 102º Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

581.- García Fernández. *op. cit.*, pág. 54.

582.- Morillo Gibert, *op. cit.*, pág. 28

583.- *Ibidem.* pág. 97.

de la representación nacional constituye un derecho propio. Esta es una noción que proviene de la legislación colombiana.

El control parlamentario es una facultad originaria del Congreso, esto implica que si no se cumpliera la normativa y no se sometiera el decreto de necesidad y urgencia al Poder Legislativo, éste, por sí sólo, puede avocarse a su consideración y aceptar o rechazar la regla de excepción<sup>584</sup>. En ese sentido, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 213° que el Congreso se reunirá "por derecho propio". Esto significa que, si es que el Jefe del Gobierno, sea este primer ministro o el Presidente de la República, no cumpliera con dar cuenta al Congreso o lo hiciera tarde, el Parlamento puede de oficio avocarse de inmediato al tratamiento del tema, pudiendo proceder a su aprobación o rechazo por derecho propio<sup>585</sup>.

La razón descansa en que si el Congreso puede aprobar, modificar y derogar cualquier ley, entre las que se encuentran los decretos de urgencia, con mayor razón podrá aprobar o derogar los decretos de urgencia. Como dice el principio, *quien puede lo más, puede lo menos*. Existe una suerte de soberanía legislativa, para legislar sobre aquello que le parezca conveniente al Parlamento. Señala García de Enterría, en relación con la facultad legislativa del parlamento, que "el legislador actúa con plena libertad, libertad que no puede ser equiparada a la de una mera discrecionalidad administrativa (...), sino que supone una libertad política de configuración de contenidos normativos de un ámbito necesariamente mucho más amplio"<sup>586</sup>.

El supuesto estado de necesidad y de supuesta parálisis del Congreso en absoluto convierte al Congreso en un convidado de piedra o en un simple espectador del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Gobierno. El estado de necesidad convierte al Congreso en un protagonista porque si bien tiene la imposibilidad fáctica de legislar en forma inmediata, lo habilita a ser quien evaluará la real existencia de dicha causal de justificación. Y a ese efecto el Congreso puede y debe autoconvocarse cuando no se cumplen los pasos formales establecidos por la Constitución Política<sup>587</sup>. La consecuencia de esto es evidente. Los Congresos no pueden esperar ni estar supeditados al ritmo y a la voluntad del Poder Ejecutivo. Su facultad legislativa los autoriza a revisar, modificar y derogar el decreto de urgencia.

#### 4.5. ELEMENTOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO

---

584.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 217.

585.- *Ibidem*.

586.- Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 145.

587.- Pérez Hualde, *op. cit.*, 217.



Para efectos metodológicos, y de esta manera, seguir el esquema del capítulo anterior, el análisis lo haremos a través de la estructura del control parlamentario.

#### 4.5.1. Los sujetos

Distinguimos dos sujetos del control parlamentario: un sujeto activo que será el Congreso y un sujeto pasivo que es el Gobierno, aún cuando. Como ya vimos, existe una polémica acerca de si el Congreso controla órganos, es decir al Gobierno, o actos normativos. En el primer caso estaremos según la doctrina ante un control político, y en el segundo caso ante un control jurídico. Proponíamos, en su lugar, que el Congreso controla al Gobierno a través de un producto de este primero, y luego en forma directa.

#### 4.5.2. Sujeto Activo: El Congreso

En relación con el sujeto activo es necesario diferenciar entre el sujeto activo en la expedición del decreto de urgencia el Poder Ejecutivo y el sujeto activo a la hora de realizar el control parlamentario, que es el Congreso. En el caso del control parlamentario, el sujeto pasivo, es el gobierno.

Aparentemente, el sujeto activo del control no sería otro que el Congreso, sin embargo, la definición del sujeto activo plantea básicamente dos problemas. Primero, el que se manifiesta en sistemas bicamerales, donde se encarga el control a una de las Cámaras, y no a las dos (La pregunta que aquí surge entonces es, hasta que punto se puede imputar al Congreso un acto así, elaborado por una parte de toda la representación nacional). El segundo problema, es el que surge acerca de la titularidad cuando el Congreso se halla en receso o este ha sido disuelto y se le encarga dicha función a la Comisión Permanente por ejemplo.

En relación con el primer problema tenemos básicamente dos alternativa que son la que ofrece la Constitución Italiana y la Española. Ciertamente este caso sólo se presentará en aquellos sistemas bicamerales, más no en sistemas como el nuestro unicamerales. En el caso de España como sabemos, el control de los denominados decretos leyes (equivalente conceptualmente a los decretos de urgencia) está a cargo de la Cámara de Diputados, excluyéndose a la Cámara de Senadores tal como lo señala el art. 86 de la Constitución Española. Muy distinta es la solución que plantea el art. 77 de la Constitución Italiana. Según esta última norma, las medidas provisionales serán presentadas a ambas Cámaras. En ambos casos, sea una o dos cámaras las que conozcan, serán los plenos de cada cámara los que asuman el control efectivo del control, lo que no obsta para que se solicite un dictamen o una opinión a algún órgano específico y/o técnico, que sirve de sustento para la discusión posterior.

### Constitución Española

#### *"Artículo 86.-*

*1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomaran la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.*

*2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia".*

### Constitución Italiana

#### *"Artículo 77*

*No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si sino fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".*

En el caso de que una o las dos cámaras se encuentren disueltas, tenemos también básicamente dos alternativas. La Constitución recurre a lo que Pablo Santolaya denomina la insólita "resurrección" de las Cámaras<sup>588</sup>, tal como señala el art. 77º de la Constitución Italiana. La Constitución Española por su parte, opta,

---

588.- Santolaya, op. cit., pág. ¿?.

literalmente porque las Diputaciones Permanentes asuman las facultades que corresponden a las Cámaras, de acuerdo con el artículo 86 de este cuerpo normativo.

Sin embargo, puede una Comisión Permanente, en caso de receso del Parlamento realizar el control parlamentario. Por mi parte, yo no veo inconveniente, siempre que esta Comisión o Diputación permanente asegure un mínimo de representatividad en la misma proporción de las fuerzas políticas del pleno del Congreso, de tal manera que puedan traducir la voluntad plural y a su vez mayoritaria, a efectos de ser fiel a la voluntad del electorado, es decir, del soberano. Siempre que se asegure eso, y en forma excepcional, se podría recurrir a esta fórmula. Sin embargo, nosotros somos de la idea que, no hay porque apurarnos, la urgencia ya fue enfrentada por el Ejecutivo a través de la expedición de estos decretos de urgencia, salvo que haya que esperar mucho tiempo para la próxima legislatura. Recuérdese que lo más importante es la realización del debate público y abierto con la participación de la oposición, para que de esa manera se realice el control parlamentario, y si este se realiza en el la Comisión Permanente.

En relación con lo último, se podría señalar que, tampoco se va a esperar demasiado tiempo, recuérdese que, cuanto más tiempo se demore el control por parte del Congreso, surgirán y se consolidarán nuevas relaciones jurídicas en el marco de los decretos de urgencia, situaciones que conforme pasa el tiempo de vuelven más irreversibles.

Con relación al caso español de convalidación por una sola de las Cámaras, De Otto comenta e interpreta esta situación señalando que la exclusión del Senado, no significa que el decreto ley no cuenta con el apoyo de las Cortes, sino tan sólo con el de su órgano más directamente conectado a la dirección política como son las Cámaras de Diputados, indica bien a las claras que en la legislación de urgencia no hay, como suele afirmarse, un desplazamiento de la potestad legislativa de su titular, las Cortes, al ejecutivo, ni hay tampoco un sistema interconexión entre ambos por el mecanismo de control ex post. Lo que hay, en verdad y en rigor para este autor, es una atribución de potestad legislativa limitada en los términos del artículo 86.1, a los órganos de dirección política del Estado<sup>589</sup>.

Esta modalidad es sumamente interesante a la hora de revisar la naturaleza del control, esto es, si estamos ante un control constitucional jurídico ante un control político. Como sostiene Salas, no es el Poder Legislativo el que recibe la tarea de confirmar o no la norma del ejecutivo, sino, que es aquel miembro político de ese poder, tan político como el Ejecutivo, el que tendrá la responsabilidad de ratificar o

---

589.- Ignacio De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 221.

rechazar "de totalidad" el decreto ley 590. Y cuando se señala político, piénsese en el principio de oportunidad, de conveniencia y no en el principio de constitucionalidad y legalidad. Sin embargo, la propia Constitución Española en el art. 86.3 deja abierta la posibilidad que las Cortes puedan otorgarle al decreto ley el trámite de ley de urgencia y, entonces en ese único caso, pasará a ser ley.

Finalmente, habría que preguntarnos, si el titular de la función de control es el Congreso, si como vemos todos los días, es la minoría y/o la oposición, la que por lo general impulsa el control de la acción gubernativa, entre la que se encuentran los decretos de urgencia, a diferencia de la mayoría parlamentaria vinculada al gobierno que utiliza mecanismos de control internos a su propia organización partidaria, lejos de los medios de comunicación y la opinión pública.

Sobre este respecto, habría que recordar lo señalado por Mannino<sup>591</sup>, quien señala que la oposición parlamentaria tiene naturaleza política más no jurídica, naturaleza que incide sobre la titularidad de la función de control. Efectivamente, tal como subraya el español García Fernández, el hecho de que en términos políticos los Grupos Parlamentarios de la oposición puedan tener más iniciativas para que ejercite el control que los grupos de la mayoría no desplaza la titularidad de la función a la fracción del órgano que adopta esta iniciativa. La oposición parlamentaria no es titular de la función de control, ya que carece de ordinario de reconocimiento jurídico explícito en los ordenamientos, y porque los diversos instrumentos con que se ejerce esta función no están atribuidos, ni siquiera como iniciativa, a una fracción de la Cámara, sino a este órgano en su conjunto<sup>592</sup>.

#### 4.5.3. Sujeto u objeto pasivo: El Gobierno o el decreto de urgencia

No está del todo claro si finalmente el objeto del control parlamentario es el decreto de urgencia o el propio Gobierno. Desde la perspectiva del control jurídico, el control sería sobre actos, sobre normas y no sobre órganos. Si sostenemos que el control parlamentario es básicamente un control político, el control sería sobre órganos, en este caso sobre el Poder Ejecutivo.

No estamos de acuerdo cuando se señala que en el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia, estamos ante la presencia de un control sobre actos y no sobre instituciones o poderes, tal como sostiene un sector de la doctrina cuando señala que el Congreso supervisa los decretos de urgencia, al señalar que "lo controlado no es el Gobierno en cuanto sujeto productor de la norma, sino el

---

590.- Javier Salas, citado por Pérez Hualde, op. cit., Pág. 221.

591.- Citado por García Fernández, op. cit., pág. 46.

592.- García Fernández, op. cit., pág. 47.



concreto producto de la actuación gubernamental"<sup>593</sup>. Para los que se inscriben en esta perspectiva, la consecuencia del control sólo sobre actos y no sobre instituciones supone sostener que el gobierno no asume ninguna responsabilidad específica por la aprobación de un decreto de urgencia, tesis con la que discrepamos.

En nuestra opinión, si bien en un primer momento el control parlamentario se ciñe y se vuelca a analizar el decreto de urgencia, nada obsta para que el Congreso adopte sanciones contra el Poder Ejecutivo de manera directa e indirecta, ante lo cual el Gobierno tendrá que asumir su responsabilidad política. En efecto, ante la expedición de un decreto de urgencia, el Congreso puede sin ningún problema formular acusación constitucional contra los ministros que suscribieron el decreto de urgencia, por violación de la Constitución, tal como efectivamente ocurrió con una acusación de Javier Alva Orlandini contra los ministros de Economía y del Interior, por la suscribir la expedición de un decreto de urgencia que al exonerar de licitación había violado la Constitución Política.

En todo caso, el objeto inmediato del control parlamentario es el decreto de urgencia, sin embargo, nada obsta para que se reconozca que a través de estos decretos lo que verdaderamente se controla es al Poder Ejecutivo, pues el decreto de urgencia, no sale del aire, es realizado por alguien que debe asumir responsabilidad. Así, el objeto del control parlamentario no es otro, que el decreto de urgencia, es decir, aquellas normas con rango de ley, que expide el Poder Ejecutivo, en situaciones de urgencia y emergencia y que tienen, la capacidad de suspender la vigencia de las leyes, como consecuencia de su naturaleza provisional y en razón del cumplimiento de sus fines. También discrepamos con aquellos que sostienen que los decretos de urgencia derogan leyes. Consideramos que para ser más exactos, lo que hace estas normas es, antes que derogar, "suspender" los efectos de las leyes hasta que el Congreso se pronuncie. De lo contrario, el Congreso perdería su razón de ser, pues se crearía un verdadero Poder Legislativo paralelo. Esto nos lleva a disentir con De Otto cuando señala que "la potestad de dictar decretos de urgencia, normas con rango de ley, con la misma eficacia derogatoria"<sup>594</sup>.

Los Decretos de Urgencia, pueden tomar diversos nombres en la legislación comparada, decretos leyes en España, directivas de urgencia en Alemania, decretos provisionales en Italia, decretos de necesidad y urgencia en Argentina, etc. En el Perú, antes decretos presidenciales de urgencia en el Perú, ahora decretos de urgencia. Todos ellos como sabemos son instrumentos estrictamente gubernamentales.

#### **4.5.4. PARÁMETRO**

---

593.- Montero Gibert, op. cit., págs. 96-97

594.- De Otto, op. cit., pág. 212.

El parámetro del control parlamentario, ha sido ya trabajado en el capítulo anterior. La pregunta inmediata y siguiente entonces, es indagar acerca de cuál es el criterio o cual es el parámetro con el cual se va ha confrontar o comparar la actividad del gobierno, plasmada en este caso en los Decretos de Urgencia.

La importancia de este punto descansa en que el instrumento fundamental a la hora de evaluar los decretos de urgencia lo constituye el parámetro del control. Veíamos que en la doctrina, el parámetro es entendido como aquel conjunto de **principios, normas, intereses o, de modo más general, de valores que el controlante tiene, por oficio o en cuanto natural portador, el deber de tutelar**"<sup>595</sup>. Jamás se podrá plantear y realizar un adecuado control parlamentario de los decretos de urgencia mientras exista ambigüedad y poca claridad sobre todo en los operadores jurídicos acerca del control parlamentario. En ese sentido, estimamos que la falta de claridad en su definición constituye una de las causas que explican la ausencia de un control parlamentario de los decretos de urgencia. Sin esta precisión, el control parlamentario de los decretos de urgencia no podría existir, si consideramos que este debe constituir una "(...)una rigurosa revisión, comprobación, verificación, inspección, fiscalización de los actos y normas decretos presidenciales de urgencia dados por el órgano Ejecutivo"<sup>596</sup>.

Como venimos señalando, se puede reconocer dos criterios por lo menos. Un control de legalidad o constitucionalidad, y un control de oportunidad<sup>597</sup> y de conveniencia. El problema entonces a plantearse es acerca de si en el caso de los decretos de urgencia, el Congreso realiza un control de la legalidad constitucional de la actividad del gobierno, o si el Congreso realiza un control de oportunidad, es decir, un control político. O finalmente tal como ya lo señalamos, una tercera posibilidad es un control de naturaleza mixta, opción que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional Español. Por nuestra parte, más que optar por una naturaleza mixta (noción muy imprecisa y carente de rigurosidad), nuestra tesis aquí sostenida es que, el control del Congreso sobre los decretos de urgencia, es un control de naturaleza esencialmente política. En ese sentido, aunque cuando utilice argumentos de naturaleza constitucional propio del control jurídico, no dejará de ser un control político realizado por un órgano político, y sin jamás renunciar a su libre y subjetiva apreciación subjetiva, incluso de la Constitución.

#### 4.5.4.1. El control parlamentario de los decretos de urgencia como un control político

---

595.- Galleoti, Serio, "Introduzione alla Teoría de i Controlli Costituzional. pág. 67 y ss, recogido por Jorge Melo, op. cit., pág. 516.

596 Velasco Lozada, Ana Rosa Albina, op. cit., pág. 386.

597.- Gil Robles, op. cit., p. 67.

En los capítulos anteriores hemos sustentado como el control parlamentario es un control político, lo que a su vez significaba que su parámetro es subjetivo, y no objetivo como en el caso del control jurídico que realizan los jueces, que lo realizan sobre la base de normas preestablecidas y cuya aplicación sin ser mecánica es obligatoria. En estos ítems, partiendo de esta premisa, es que sostenemos que el parámetro del control parlamentario de los decretos de urgencia es sumamente subjetivo, basado en un principio de oportunidad mediante el cual la representación deberá tratar de adecuar la actividad legisferante del Gobierno a la voluntad de la cual el es representante e intérprete. En palabras de García de Enterría, "La apreciación de la existencia del presupuesto de hecho habilitante así configurado es, obviamente, una de las cuestiones que el órgano legislativo habrá de plantearse al revisar el Decreto Ley, (...) que como es lógico, se producirá a partir de valoraciones políticas y no necesariamente jurídicas (...)"<sup>598</sup>. Gil-Robles<sup>599</sup> señala quizá con un poco de radicalidad, que el control de oportunidad realizado por las Cortes Generales es distinto y hasta excluyente al control de la legalidad reservado a los Tribunales. Según este autor queda a las Cortes Generales, a través del control de oportunidad, la facultad de examinar el fondo de las normas legislativas de desarrollo y velar **por su adecuación** al interés general<sup>600</sup>. En una posición un poco distante, Galeotti sostendrá que el control que realiza el Congreso no se realiza con criterios de valoración totalmente libres, sino atendiendo a valores expresos o institucionalmente tutelados<sup>601</sup>.

El fundamento es claro, dado que los elegidos por el pueblo encarnan su voluntad, deben de vigilar la dirección escogida por la política del Estado a fin de mantener en la línea de los que corresponde a lo querido por la colectividad nacional<sup>602</sup>. Esta idea de la adecuación a la voluntad de la colectividad quizás se

---

598.- Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 161.

599.- Gil Robles, op. cit., p. 67, pág. 70

600.- Ibidem. Según Gil Robles, el interés general expresado actuará entonces como un parámetro, con "la limitación de que su fijación del interés general no puede descender al detalle, sino que ha de quedarse en el nivel de los "principios, bases y directrices". Por principios, bases y directrices hay que entender los criterios de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye un límite dentro del cual tienen que moverse los órganos". STC/25/1983, de 7 de abril, BCJ-24, pág. 392. Citado por Gil-Robles, op. cit., pág. 70.

601.- Galeotti, op. cit., págs. 13 y 71; citados por Manuel Aragón, op. cit., pág. 76.

602.- Montero Gibert, op. cit., pág. 19.

percibe de una manera más clara en los regímenes parlamentarios. En aquellos regímenes parlamentario como por ejemplo el español, donde el Gobierno brota del Congreso (de las Cortes), este fundamento se expresa en el concepto de confianza, como elemento vital de la relación entre el Congreso y el Gobierno.

Decíamos en un capítulo pasado que en los regímenes parlamentarios, el control parlamentario es entendido como un conjunto de instrumentos de que dispone el Parlamento para dar permanencia o continuidad a la relación de confianza que ha instaurado el Congreso con el titular del gobierno. Es decir, un instrumento con el cual buscan asegurar la permanencia de la relación fiduciaria y hacer frente, mediante su canalización, a las disfuncionalidades que puedan surgir en el desarrollo de la relación entre ambos órganos constitucionales<sup>603</sup>. Según esta perspectiva, el control parlamentario es básicamente un control político, pues el objeto de la confianza por parte del Congreso no es otro que el programa de gobierno que motivó la concesión de la confianza. Será entonces, este conjunto de ideas, conceptos u acciones los que constituirán una suerte de referente o parámetro con el cual se va a comparar los decretos de urgencia.

#### 4.5.4.1.1. El principio de oportunidad y de libertad de criterio como parámetro fundamental del control político

A diferencia del control de la constitucionalidad y de razonabilidad que es realizado por el Poder Judicial en forma plena<sup>604</sup>, el principio de oportunidad constituye aquel criterio que busca denotar el conjunto de valoraciones políticas que realiza un órgano político en una determinada circunstancia, que lo llevan a tomar una decisión dentro de una gama de posibilidades, y dentro de un margen de discrecionalidad propia de órgano político en ejercicio de su función ejecutiva, frente a la cual, asume la responsabilidad política correspondiente. Obviamente, el principio de oportunidad supone la libertad de tomar una decisión no de acuerdo a normas prefijadas, sino a lo que en una determinada coyuntura puede justificarse como lo más

---

603.- García Fernández, *op. cit.*, p. 42.

604.- Pérez Hualde, *ob. cit.*, cit., pág. 214. Es quizás argumentos como este los que llevan al autor español Caminal Badia a señalar la existencia de dos modalidades de control, uno político y otro sobre la legalidad, encargados estos a órganos distintos como son el Congreso y los tribunales. Para este autor, "el control político es una función que justifica por sí sola la existencia del parlamento... La relación institucional de los poderes en el estado democrático se ha convertido esencialmente en una función de control sobre el gobierno y la administración: control político del parlamento sobre el gobierno y la administración y control de la legalidad por parte de los tribunales sobre el gobierno y la administración. Por consiguiente, es fundamental la independencia en el ejercicio de este control sobre quienes tienen la responsabilidad de mandar". Miguel Caminal Badia (Compilador): Manual de Ciencia Política, Tecnos, Madrid 1996, pág. 391.



conveniente para una comunidad o sociedad, en base a una valoración y evaluación estrictamente política.

El principio de oportunidad tendrá una relación estrecha con una noción de necesidad política evaluada por el órgano político. Efectivamente, tiene que ver con el criterio que Jellinek denomina "**necesidad política**". La necesidad política desempeña un papel relevante como motor de la definición del parámetro del control parlamentario. Como este autor sostiene, "Las auténticas fuerzas políticas se mueven según sus propias leyes, actuando con independencia de cualesquiera formas jurídicas"<sup>605</sup>. De allí que la constitución real del Estado conoce ciertamente una normalidad sin normatividad; esta constante evolución hace que se implanten, por la misma necesidad política, nuevos moldes o esquemas de interrelación entre los órganos que permiten darle mayor viabilidad al Estado moderno<sup>606</sup>.

Según Alonso de Antonio, "cabe normativizar el procedimiento de creación política, pero no los criterios que conforman la orientación de esa política"<sup>607</sup>. El patrón a utilizar por el sujeto agente del control parlamentario no puede ser un criterio exclusivamente jurídico, sino un elemento volitivo, libre, de apreciación subjetiva que valore sin sujeción a normas rígidas el comportamiento del ejecutivo<sup>608</sup>. El control parlamentario será entonces, aquella función indeclinable del parlamentarismo democrático que, al utilizar un criterio de oportunidad política, produce una valoración subjetiva condicionante de la actuación de Gobierno, al fijarle líneas de actuación que operarán como marco habilitante<sup>609</sup>.

Sostiene Montero Gibert, que el control parlamentario de los decretos de urgencia es por su propia naturaleza, un control de oportunidad<sup>610</sup>. Según este autor, el control parlamentario de los decretos de urgencia es un control "sustancialmente de oportunidad, pues aunque encierra ciertos elementos de control de legalidad, el grueso del control descansa sobre el contenido material del Decreto ley (decretos de urgencia), sobre la **oportunidad** del mismo y sobre la concurrencia de la "extraordinaria y urgente necesidad", que son ellos juicios, todos ellos, de carácter

---

605.- Jellinek Georg. "Teoría del Estado". pág. 97. Citado por Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 513.

606.- Jorge Melo, *op. cit.*, pág. 513.

607.- Alonso de Antonio, Angel Luis, El control parlamentario de la política exterior en la Constitución de 1978, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Nº 15. Monográfico. Diez Años de Desarrollo Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1989, pág. 38.

608.- *Ibidem*.

609.- *Ibidem*, pág. 42.

610.- Montero Gibert, *op. cit.*, pág. 28.

básicamente políticos"<sup>611</sup>. Como agrega Montero Gibert, "se trata, por tanto, de un **control libre**, no vinculante, de forma que el Congreso aprecia libremente la procedencia o no de la convalidación. Los controles de legalidad quedan, como es sólo reservados a los órganos jurisdiccionales"<sup>612</sup>.

Así, aunque cumpla funciones jurídicas y tenga su actividad constitucional y reglamentariamente regulada y sujeta a la Constitución, el Parlamento es ante todo un órgano político al que la Constitución reconoce autonomía política para conseguir finalidades y utilizar procedimientos libremente escogidos dentro del marco de la propia Constitución y de su Reglamento<sup>613</sup>. La consecuencia es clara, el ejercicio de su control no tiene que ajustarse necesariamente al principio de legalidad, que está reservado para los órganos jurisdiccionales, sino que se produce sobre la base de criterios de oportunidad política libremente valorados por el parlamento<sup>614</sup>. Esta idea fue expresada de una manera clara por Javier Valle Riestra en 1980 en el Pleno del Congreso a propósito de la discusión sobre la delegación de facultades al gobierno, cuando señalaba que "*Aquí tenemos que hablar política y jurídicamente, dentro de un ámbito constitucional*"<sup>615</sup>.

Una posición similar aunque con un cierto matiz es la de Javier Salas. Para este autor los requisitos constitucionales para la expedición de los decretos de urgencia tales como por ejemplo la existencia del hecho habilitante o la no-incidencia en materias constitucionalmente excluidas del ámbito del Derecho, constituyen razones de legitimidad<sup>616</sup>. Así, este autor señalará que "la derogación puede basarse en razones de legitimidad como de oportunidad o conveniencia política"<sup>617</sup>. Sobre el criterio de oportunidad, Salas sostendrá que, "aparte de un juicio de legitimidad sobre la concurrencia de los requisitos constitucionalmente exigidos, emite un juicio político sobre la actuación gubernamental, juicio que se concreta, jurídicamente, en una votación..."<sup>618</sup>.

Esto significa que sin desconocer que el Congreso no sólo está obligado y sometido como todos los ciudadanos a la Constitución Política Nacional, sino encargado

---

611.- *Ibíd*em, pág. 97.

612.- *Ibíd*em.

613.- *Ibíd*em, pág. 28.

614.- *Ibíd*em, pág. 28.

615.- Javier Valle Riestra, Facultades Delegadas. Indemnización a la oligarquía. Discursos Parlamentarios, Editora Atlantida, Lima, 1980, pág. 9.

616.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, págs. 304-305..

617 .- *Ibíd*em.

618 .- *Ibíd*em.

de velar por el respeto de esta última, consideramos que el control parlamentario no constituye --en primer término-- un control de la constitucionalidad o de la legalidad --legislación infraconstitucional-- de la acción del gobierno, sino un control político. Esto es, "verificar en su momento, si la política practicada por él y su equipo de gobernantes responde, ha dado respuesta al mandato otorgado<sup>619</sup>. Dentro del sistema parlamentario entonces, si ha sido así, se le reiterará la confianza de que fue investido cuando se le designó. Si no lo ha sido, se le retira dicha confianza mediante una moción de censura<sup>620</sup>.

El control político es una institución que se diferencia de los demás controles, sobre todo porque el encargado de ejercerlo **tiene la autoridad suficiente** para intervenir discrecionalmente en la actividad del controlado; es decir, que la participación del controlante no está sujeta exclusivamente a la verificación de la legalidad del acto jurídico de acuerdo con las leyes y reglamentos en vigor, sino que es también un control de oportunidad donde se verifica la actuación de acuerdo a los hechos y no a derecho, lo que permite una actividad mucho más amplia y eficaz<sup>621</sup>. Esta tesis es también compartida por Santaolalla cuando señala que el Parlamento puede juzgar sobre la oportunidad y la conveniencia de la actuación gubernamental, llegando a privarle de la confianza al Parlamento si estimase en forma negativa dicha actuación<sup>622</sup>. Ciertamente esta autoridad y esta libertad de la que goza el órgano político que invoca el principio de oportunidad, está destinada a una finalidad cual es el cumplimiento de su finalidad y de su mandato, y en el caso del Gobierno, implementar su plan de gobierno.

Por otro lado, el principio de oportunidad no es patrimonio del Congreso, el Presidente de la República al evaluar la situación y adoptar la decisión de adoptar un decreto de urgencia aprecia la conveniencia y oportunidad del uso de esta atribución, así como el cumplimiento de los supuestos fácticos<sup>623</sup>, además, claro está de los requisitos previstos en la Constitución. Como señala Blanco Valdés "los jueces deberían serlos de la "constitucionalidad" y no de la "oportunidad", función netamente política que debería corresponder a un órgano, también netamente político como el Presidente"<sup>624</sup>.

---

619.- J.A. González Casanova, Teoría del Estado y Derecho Constitucional. 2º edición revisada. Vices Universidad. España, 1983. pág. 275.

620.- *Ibidem*.

621.- Jorge Melo, *op. cit.*, págs. 515-516.

622.- Fernando Santolalla, citado por Gil-Robles, *op. cit.*, pág. 193.

623.- Francisco Eguiguren, Los retos de una democracia insuficiente, CAJ, Lima, 1990, pág. 217.

624.- Roberto Blanco Valdés, *op. cit.*, pág. 134.

Nos suscribimos a lo señalado por la doctrina cuando señala que la posibilidad del control político, esta íntimamente ligada con el principio de independencia y autonomía del Parlamento, "(...) el Parlamento en sus procedimientos de actuación, deliberación y decisión, solamente está sometido a las propias normas, que no reconocen otro techo que el que el mismo Parlamento se dio al aprobar la Constitución"<sup>625</sup>. Incluso constitucionalmente, la "autonomía reglamentaria, presupuestaria u organizativa que el Parlamento en su organización y funcionamiento no esté sometido más a que sus propias reglas, y ninguna causa externa le impida cumplir sus obligaciones o funciones constitucionales"<sup>626</sup>. De ahí entonces que una de las condiciones para su eficaz control parlamentario de los decretos de urgencia lo constituye la independencia. Prueba de ello, es la autonomía que tienen los Congresos para expedir y promulgar sus reglamentos internos sin la más mínima intervención del Poder Ejecutivo<sup>627</sup>. Independencia, y autonomía y libertad son claves para que un órgano político invoque el principio de oportunidad.

En esta misma perspectiva Rodríguez Zapata señalará que una característica del parámetro del control político, es decir, del principio de oportunidad lo constituye --por la materia política a que afecta-- *la libertad de canon de juicio y su flexibilidad, elasticidad y amplitud* son características del control parlamentario<sup>628</sup>. Asimismo, habría que recordar la afirmación de Bidegain, en el sentido que, "**la comunidad** es el único juez de los criterios de conveniencia y oportunidad involucrados en los actos de los órganos políticos"<sup>629</sup>.

Finalmente, en relación con la discusión acerca de si el control parlamentario jurídico o de oportunidad, "cabe señalar que la misma no es tan nítida como en ocasiones tiende a presentarse"<sup>630</sup>.

#### 4.5.4.2. El control parlamentario como control de la legalidad constitucional

---

625.- Isidro Molas, *op. cit.*, p. 127.

626.- *Ibidem*, págs. 127-128.

627.- En el caso de nuestro país, el Congreso Constituyente Democrático, en sesión del Pleno celebrada el 13 de mayo de 1995, y conforme a la autonomía reglamentaria que le concede el artículo 94 de la Constitución Política del Perú y a lo establecido en los artículos 1ro. y 2do. de su Reglamento, aprobó su Reglamento.

628.- Rodríguez Zapata, Jorge: Teoría y Práctica del Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid 1996, págs. 430-431.

629.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 278.

630.- Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, 1963, págs. 7 y ss. Citado por Javier Jiménez Campo, El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativo, en: *Revista de Derecho Político*, núm. 10, enero de 1981, pág. 103.



La otra tesis, es aquella que plantea que el control parlamentario de los decretos de urgencia consiste en la supervisión de su constitucionalidad y de la legalidad de este. Esto a su vez supone, que el control parlamentario tiene como parámetro fundamental la Constitución Política y el ordenamiento infraconstitucional en menor medida.

La premisa si se quiere de esta modalidad de control es el principio de supremacía de la Constitución. En ese sentido, tal como la propia legislación y doctrina lo han reconocido, los procedimientos de control de la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos persiguen garantizar la supremacía de la Constitución, supremacía que se revela como el elemento básico del sistema constitucional democrático<sup>631</sup>. "El principio de supremacía constitucional tiene dos aspectos. Por un lado, significará que la norma constitucional, por su origen y función, no puede verse alterada o modificada por las vías ordinarias de creación de normas jurídicas, razón por la cual, se requerirá un procedimiento específico para su alteración, que redundará es una especial rigidez constitucional, es decir se trata pues, de una supremacía formal. Pero por otra parte, la supremacía constitucional se traduce en que las normas constitucionales no podrán ser, no ya sólo formalmente alteradas, sino tampoco materialmente contradecidas por las normas ordinarias, **ni por ninguna actuación de los poderes públicos**<sup>632</sup>. La supremacía constitucional exige en consecuencia, el sometimiento de todo el ordenamiento a la Constitución: ninguna norma o acto podrá legítimamente oponerse a sus mandatos. La supremacía de la Constitución se identifica, en último término, con la supremacía del Derecho, esto es, el sometimiento de la acción de los poderes públicos y privados a las reglas objetivas del Derecho"<sup>633</sup>.

*"(...) la ordenación de los poderes del Estado por la Constitución tiene como consecuencia que estos se encuentran sometidos a los mandatos constitucionales. En pura lógica, ello significa que los mandatos de los poderes del Estado no podrán contradecir los mandatos de la Constitución, que los crea y regula: de otro modo, la regulación de la constitución sería inútil. Los poderes del Estado, y su actividad (ejecutiva, normativa, judicial) derivan su legitimidad de la Constitución, que es la norma que lo habilita para actuar. Si un poder público, actúa fuera de los límites*

---

631.- Luis López Guerra. Introducción al Derecho Constitucional. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 194.

632.- *Ibidem*, pág. 194-195.

633.- *Ibidem*,.

*fijados por la Constitución, su actuación no puede considerarse legítima, pues carecerá de base o justificación en Derecho*<sup>634</sup>.

Se advierte entonces, como la supremacía constitucional se manifiesta en la determinación formal de cómo deben crearse y funcionar los poderes públicos, que deberán atenerse en sus procedimientos de actuación a los mandatos constitucionales. Ello significa que la Constitución regula los poderes del Estado, pero que, inversamente, no puede verse afectada por las decisiones de éstos. Los procedimientos ordinarios de creación y modificación de normas no serán pues aplicables a la norma constitucional, Derecho formalmente más alto que el resto de las normas estatales. Pero, además, la supremacía constitucional es una supremacía material: los poderes públicos no podrán actuar contra los principios y valores establecidos por la Constitución. Esta, pues, configura, a la vez como norma habilitadora de la actividad de los poderes públicos y como límite a su actuación<sup>635</sup>.

#### 4.5.4.2.1. El Congreso vela por la vigencia de la Constitución pero no declara la inconstitucionalidad

Es necesario señalar hacer un distingo entre estar todos obligados sin excepción alguna por la Constitución, afirmación que está fuera de toda discusión, y la específica función de "declarar" la inconstitucionalidad de las normas y los actos que se expresan a través de actos. En todo caso, podrá encargársele al Congreso y a todo funcionario público en general, "velar" por la vigencia y el respeto de la Constitución, pero eso es muy distinto a entregarle la específica función de jurisdicción constitucional, esto es, la facultad de declarar en un caso concreto --como puede ser un decreto de urgencia sometido a control parlamentario--, que se ha violado la Constitución, y que en consecuencia dicha norma es inconstitucional. Quién se preocupa y de hecho impulsa una acción de inconstitucionalidad esta de hecho velando por la vigencia de la Constitución, pero es muy distinto a estar facultado a declarar formalmente la constitucionalidad de los decretos de urgencia. La función de velar por la Constitución, está relacionado con la facultad de garantizar la vigencia de la Constitución aún cuando este sea inobservada por los particulares.

Ahora, tampoco debemos olvidar que finalmente, estamos ante una decisión y una opción legislativa. Esto significa que en determinados momentos, el legislador puede decidir que el Congreso "declare" la inconstitucionalidad, como en un comienzo sucedió históricamente, tal como lo veremos más adelante.

---

634.- *Ibíd*em, pág. 53.

635.- *Ibíd*em, pág. 54.

La diferencia entre velar por la Constitución Política y declarar la inconstitucionalidad aparece en nuestra Primera Carta Política del Perú entre los artículo 102° y 204°:

*"Artículo 102°. Son atribuciones del Congreso:*

*(...) 2. **Velar** por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".*

*"Artículo 204°. La sentencia del Tribunal que **declara** la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto(...)"*.

La crítica contra esta posición es clara, así por ejemplo Montero Gibert<sup>636</sup> señala que, el control jurídico constitucional no corresponde al Congreso sino en su caso, al Tribunal Constitucional, que, como también se anticipó, se ha declarado competente para determinar si se han cumplido o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-Leyes<sup>637</sup>.

El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado en el sentido que el Congreso más que realizar un control mixto lo que realiza es un control donde utiliza tanto criterios de oportunidad como de constitucionalidad.

*"El control parlamentario de los Decretos-Leyes se realiza por el Congreso de los Diputados, según el procedimiento establecido al efecto y de acuerdo a **criterios tanto de oportunidad política como jurídico-constitucionales**, lo que no es obstáculo para que cualquier Decreto Ley, a partir de su publicación, pueda ser residenciado ante este TC por quienes se encuentren legitimados al efecto (...) El TC conoce del mismo en razón de la competencia que le es atribuida (...) y resuelve en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar, de un parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos en la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar*

---

636.- Montero Gibert, op. cit., pág. 100.

637.- Sentencia 29/82, fundamento jurídico N° 2, citado por J.R. Montero Gibert, op. cit., pág. 100.

*Decretos Leyes y, de otra, si el contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución"*638.

Adviértase que, el Tribunal Constitucional no dice que el Congreso realiza un control jurídico constitucional, sino que utiliza criterios jurídico constitucionales, cosa que es muy diferente. En efecto, una cosa es que la Constitución sea un parámetro del Congreso y otra cosa muy distinta --como se explicó en el capítulo II y III-- que el Congreso realice un control jurídico constitucional similar al que realiza los jueces y magistrados.

No tenemos ningún problema en suscribirnos a la posición del Tribunal Español. En la realidad, las cosas no funcionan de manera maniquea y esquemática. Es, a consecuencia del carácter subjetivo del parámetro del control político del Congreso, que se puede invocar la Constitución como parámetro en el control de los decretos de urgencia, la apreciación subjetiva permite el margen de libertad que autoriza la utilización de la Constitución en sentido formal. En todo caso, la invocación de la Constitución que hace un juez es muy distinta de la que hace un congresista, más aún si este último no tiene formación jurídica. La invocación de la constitución que realiza un magistrado es de naturaleza vinculante, no puede apartarse de ella, la invocación del un congresista es de alguna manera libre, o por ponerle un nombre, una apreciación política, sobre la base de valores y principios de naturaleza política.

#### 4.5.4.2.2. Puede el Congreso cuidar de la Constitucionalidad de las Leyes

La inevitable pregunta que surge posteriormente luego de admitir la posibilidad que el Congreso haga de la Constitución su parámetro de control es, si la representación nacional puede y está en la capacidad de controlar con eficacia e imparcialidad, si las normas que expide el Gobierno se ajustan y se adecuan a la Constitución. Esta posibilidad se hace sumamente difícil, si tenemos en cuenta la estrecha vinculación que existe entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sostiene y que (sobre todo en aquellos países donde el Gobierno tiene mayoría en el Congreso), con la propia fuerza de su mayoría numérica, evitaría no ya cualquier tipo de sanción para el Gobierno, sino incluso la materialización de cualquier clase de control<sup>639</sup>.

Por nuestra parte, creemos que el Congreso no constituye un órgano idóneo para controlar la constitucionalidad de las acciones del gobierno, al carecer de los

---

638.- Sentencia 29/1982, de 31 de mayo. Citado por Agustín S. De Vega García, ¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos leyes?. Colección jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 29.

639.- Montero Gibert, op. cit., pág. 48.



requisitos mínimos de independencia e imparcialidad necesarios e indispensables para ejercer una jurisdicción, jurisdicción que tiene como misión velar por la vigencia y respeto de la Primera Carta Política, fundamento de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad y el Estado, requisitos exigidos por la doctrina. Como señala María Luisa Balaguer, en relación al Poder Judicial, en implícita relación al Poder Legislativo, "contrariamente al resto de los poderes del Estado, que se suponen partidarios, la justicia ha de ser neutral o no es justa"<sup>640</sup>.

El Congreso carece de la independencia y autonomía frente al Poder Ejecutivo, cuyos decretos de urgencia intenta controlar. En la actualidad y ya hace un siglo la vieja tesis del contrapeso entre los poderes Legislativo y Ejecutivo ha sido de hecho desmentida por la estrecha vinculación entre estas dos instituciones políticas, detrás de cuyas decisiones se encuentra normalmente una única voluntad de poder, la del partido o coalición gobernante. La consecuencia es que, el absolutismo de la mayoría parlamentaria y de los partidos que la dominan conduce inevitablemente a la **desaparición de la confianza en la objetividad de los órganos legislativos**<sup>641</sup>.

En resumen, es este fracaso del contrapeso y controles políticos previstos en la teoría liberal, los que inhabilitan y restan independencia al Congreso para ejercer cualquier control de la Constitucionalidad. Se ha roto el equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislador. Por ello es que se busca ahora en el Poder Judicial el nuevo contrapeso o dique contra el Poder del Gobierno y del Parlamento, para garantizar la libertad del ciudadano.

Consideramos que no es idóneo el Congreso para realizar el control de la constitucionalidad, porque este, es ante todo un órgano político, cuya esencia y razón de ser, es precisamente representar los intereses y las demandas de sus electores. Esto implica que es un conjunto de ciudadanos que han sido elegidos no en razón de su neutralidad, de su escrupulosa independencia y falta de compromiso político partidario, sino todo lo contrario, porque dichos personas representan en forma

---

640.- María Luisa Balaguer Callejón, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 57.

641.- O. Bachof, Jueces y Constitución, Ed. Civitas, Madrid 1985. Citado por Valeriano Hernández Martín, Independencia del Juez y desorganización judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 98. Según este autor, "Se produce una paradoja: primero, la lucha librada durante el siglo XIX entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por el control del Poder Judicial, se salda a favor del Legislativo justamente en un momento en que Legislativo y Gobierno, de hecho fusionados, ya no tienen interés en proseguir su enfrentamiento; y segundo, es entonces, justo cuando parece alcanzarse el principio de sumisión exclusiva del juez a la ley, cuando el juez "independiente" comienza a jugar un papel totalmente distinto del inicialmente previsto, puesto que la independencia judicial empezará a utilizarse para el control de la ley misma", pág. 98-99.

pública demandas, y están comprometidos públicamente con intereses, posiciones y opciones ideológicas incompatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional. Ello hace que no esté en la capacidad de realizar un control de la constitucionalidad, lo que no enerva que pueda demandar la inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y convertirse en una suerte de "Fiscal Político" ante el Tribunal de la Constitucionalidad<sup>642</sup>. Las experiencias de acusaciones constitucionales recientes en nuestro país con la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional, nos demuestran que en muchos casos estos han sido utilizados para fines distintos de los que sean la defensa de los principios y valores constitucionales.

El problema de fondo es que los congresistas al mismo tiempo se hayan sometido, por decirlos de alguna manera, a diferentes tipos de "fidelidades" o "compromisos", destacando entre ellos tres; por un lado una fidelidad a la Constitución y a las leyes, que juraron cumplir al asumir el cargo, una fidelidad a su agrupación política partidaria, la cual muchas veces cuenta con mecanismos más eficaces de asegurar esa fidelidad y disciplina y finalmente un compromiso no sólo implícito sino público con sus electores los cuales le demandaran una intervención específica y la legislación sobre aspectos concretos, bajo amenaza de no volverlos a elegir.

A diferencia del caso del Poder Legislativo, la independencia del juez "frente a la ley" pretende encomendarse al juez, una vez más en la Historia, la función de contrapeso de un poder político excesivamente concentrado, que no cuenta con medios de control y autocontrol en otras instituciones políticas, y que por ello se desliza fácilmente hacia el despotismo. Como *"existen múltiples ejemplos que muestran lo difícil que es, en la práctica, compaginar la voluntad comprometida políticamente y el juicio jurídico objetivo"*<sup>643</sup>.

En la doctrina sobre derecho procesal, la falta de independencia tiene dos manifestaciones. Primero, los representantes aún cuando no están sujetos a mandato imperativo, si están sujetos a mandato representativo, estos es son "representantes", traducen, son voceros de determinados intereses demandas, básicamente de sus electores. Esta primera identificación con los intereses concretos de sus electores,

---

642.- En este sentido se pronuncia autores como Jorge de Esteban y Pedro Gonzales-Trevijano, cuando señala que el control de la constitucionalidad por parte de las minorías se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad. Según estos autores "las minorías parlamentarias también pueden realizar, en nuestro régimen constitucional una función de control de la legislación del Estado monopolizada por la mayoría, a través de su legitimidad para interponer el recurso de inconstitucionalidad". De Esteban Jorge y Pedro Gonzales-Trevijano, "Curso de Derecho Constitucional III", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 545-546.

643.- Valeriano Hernández Martín, Independencia del Juez y desorganización judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 98.

de sus representados, les resta independencia e imparcialidad. En segundo lugar, la mayoría oficialista está "soldada" con el gobierno. En esa lógica, antes que velar por la legalidad y la constitucionalidad de los actos del gobierno, vela por los intereses de su agrupación política que esta dirigiendo el gobierno, y que de alguna manera se encuentran partidariamente hablando por encima de ellos. La misión de la bancada parlamentaria del gobierno será colaborar y secundar al Poder Ejecutivo, antes que mantener y defender el fuero parlamentario.

Sin embargo, esa no es la única razón. El Congreso no es independiente pues el Congreso actúa en el caso del control de los decretos de urgencia como juez y parte, pues al mismo tiempo que el Congreso es un órgano dominado por el Gobierno a través de su mayoría oficialista en el Parlamento, quiere ser aquel que cuide de la constitucionalidad de las normas emanadas por el mismo gobierno. En pocas palabras, el gobierno controla a aquel órgano que lo va a controlar, no obstante, que, el gobierno y el Congreso son dos órganos formal y constitucionalmente diferentes, independientes y autónomos, con facultades específicas. Existe una relación, una soldadura entre el Gobierno y la mayoría oficialista. La misma agrupación política, es decir, la misma cabeza política, la misma estructura de poder en los hechos es la que tiene bajo su control tanto el Congreso como el Gobierno. Y en ese sentido, es sumamente difícil controlarse así mismo, el autocontrol no existe en materia de poderes del estado.

#### 4.5.4.2.3. El Congreso carecen de la independencia para ejercer jurisdicción

El Congreso carece de la independencia para ejercer jurisdicción y menos aún en materia constitucional, razones que lo imposibilitan o le dificultan ejercer un control de la constitucionalidad, sobre todo cuando se trata de controlar al Gobierno. Sin embargo, más allá de los argumentos que se puedan sostener, estamos frente a una opción substantivamente política del legislador y del constituyente, recusable quizá técnica y jurídicamente, más no políticamente. En efecto, fruto de una decisión política, nada obsta para que el Reglamento del Congreso o la propia Constitución Política señale que el Congreso hará un control de la constitucionalidad. De esta manera, por mandato de la ley será un control de la constitucionalidad. Sin embargo, dada su naturaleza política, y por más voluntad de los miembros del Parlamento, el Congreso experimentará problemas y dificultades, por su naturaleza idónea para representar las demandas e intereses de sus electores, pero no idónea para declarar la inconstitucionalidad de los decretos de urgencia.

La jurisdicción "es la función creadora de derecho para el caso concreto mediante juicio por órganos imparciales, donde derecho será aquello que aprueben los

jueces con la autoridad que socialmente les es reconocida como poder"<sup>644</sup>. En esa línea, uno de los aspectos cruciales a la hora de evaluar la independencia de un órgano jurisdiccional está relacionado con la libertad de juicio o criterio del juez. A diferencia de la opinión de los congresistas, las sentencias de los jueces deben ser libres y sólo respetuosas de la ley. Sobre el particular, la Corte Suprema Argentina ha establecido que "La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación"<sup>645</sup>.

Para un primer sector de la doctrina, la independencia del Poder Judicial debe definirse como "sujeción a la ley". Para esta concepción, independencia implica la vigencia del principio de legalidad o gobierno según las leyes --entre las que destaca la Constitución Política--. Un segundo sector que es el que más nos interesa, ve la independencia de la judicatura desde el punto de vista más subjetivo, calificándola como la ausencia de interferencias y de imposiciones<sup>646</sup>. La segunda concepción que la doctrina le asigna a la noción de independencia del Poder Judicial, enfoca el problema desde un punto de vista subjetivo, y tiene que ver con la "liberalización de las interferencias"<sup>647</sup>. En ese sentido, cuando decimos independencia "queremos decir generalmente ausencia de imposición directa o indirecta por parte de otras estructuras del gobierno sobre los organismos judiciales... Corresponde a una ausencia de 'temor' e incluso de 'preocupación' acerca de lo que el gobierno o la burocracia puedan hacer contra los jueces si no fallan en un asunto en determinado sentido"<sup>648</sup>. Piénsese en los parlamentarios, sujetos a una relación de disciplina frente a sus líderes que se encuentran en su propia bancada y en el Gobierno, y frente a quienes cuesta mucho trabajo tomar distancia. Piénsese en la presión que ejercen los electores sobre sus representantes, con la constante amenaza de no volver a votar por ellos en las próximas elecciones sino los congresistas no se preocupan y atienden sus reclamos.

No en vano la diferentes Constituciones como la peruana establecen como una garantía de la administración de justicia y de los jueces y magistrados en particular, la

---

644.- Juan Montero Aroca. Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 20-25.

645.- Pérez Guilhou Calderón. El Poder Judicial. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 153.

646.- Pérez Guilhou Calderón, op. cit. pág. 151.

647.- Germán J. Bidart Campos, Derecho Constitucional del Poder, Ediar, Buenos Aires, 1967, tomo II, pág. 218. Citado por Pérez Guilhou Calderón, op. cit. pág. 151.

648.- Jean Blondel. Introducción al estudio comparativo de los gobiernos. Edit. Revista de Occidente, Madrid, 1972, pág. 500. Pérez Guilhou Calderón, op. cit. pág. 151.



absoluta independencia y libre criterio de conciencia, de acuerdo al art. 146º, numeral 1 de nuestra Constitución<sup>649</sup>.

#### 4.5.4.2.4. Los límites del control de la legalidad y de la Constitucionalidad

Es importante establecer en primer lugar la diferencia entre los jueces y el Parlamento, desde la perspectiva del control. La diferencia está en que los cuerpos judiciales no representaban a nadie, aún cuando han protegido no sin eficacia, durante siglos y siglos, la vida y los bienes de los ciudadanos de las arbitrariedades de los soberanos<sup>650</sup>. El hecho de no representar a nadie establece un límite preciso a la jurisdicción: el de no plantear exigencias en nombre y por cuenta de la colectividad. Los cuerpos judiciales de voluntad, o mejor dicho su voluntad se manifiesta sólo como voluntad de defender los derechos reconocidos por la *lex terrae*, por la tradición o bien otorgados por el Señor<sup>651</sup>. Como señala Sartori, el juez no es juez de la ley, sino *secundum legem*; a él le compete *ius dicere* y no *ius dare*, interpretar la ley, no crearla. He aquí porque el parlamento es algo profundamente distinto de un órgano judicial<sup>652</sup>. El problema con el control de la Constitucionalidad y el control de la legalidad, es que no aseguran ni expresan con mayor plenitud la voluntad y las demandas de la colectividad nacional. La Constitución Política y las leyes si bien expresan aquello que la tradición francesa denomina "la voluntad general", no constituyen la única y exclusiva fuente y expresión de la voluntad colectiva. La colectividad humana expresada en el poder soberano es un cuerpo vivo, dentro de una historia siempre cambiante, razón por la cual nos encontraremos frente a una voluntad no sólo plural, fragmentada sino también cambiante, mutable, que frente a los acontecimientos irá tomando posición y convicción en forma igualmente plural. Expresión de esta voluntad dinámica y cambiante lo constituyen los diferentes procesos electorales, donde se consulta a la población acerca de sus demandas e intereses, acerca en definitiva de quien quiere que los gobierne. Y se les consulta a la población no sólo porque hay nuevos candidatos, sino por que los tiempos cambian, las demandas cambian así como las respuestas.

Esto significa, que pueden existir ciertas conductas del gobierno perfectamente lícitas y técnicamente constitucionales, y, sin embargo, estén en abierta oposición con la voluntad popular mayoritaria. Recordemos los ejemplos utilizados en el capítulo anterior. Pensemos por ejemplo, en normas laborales que recortan derechos a los trabajadores, o que gravan con más impuestos a los

---

649.- "Art. 146º.- El Estado garantiza a los magistrados: 1.- Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley".

650.- Giovanni Sartori, Elementos de teoría política, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pág. 189.

651.- *Ibidem*.

652.- *Ibidem*.

contribuyentes, etc. Dichas medidas van contra la voluntad de la mayoría de la población, o en el caso de determinadas medidas que son manifiestamente atentatorias contra los intereses de los sectores populares. Como señala Blanco Valdés, "las leyes pueden ser injustas, inoportunas, peligrosas y destructivas; y no ser inconstitucionales como para justificar la negativa de los jueces a aplicarlas"<sup>653</sup>. Aquí está una de las diferencias fundamentales de los congresistas con la labor y los límites de los magistrados y jueces. Este es un caso por ejemplo, donde se ve los límites de control constitucional o de legalidad. El Control político por parte del Congreso descansa en otro supuesto, cual es que, "la conexión entre la soberanía popular y la conducción política del Estado se articula a través de los representantes populares. Es decir, que el Parlamento actúa como nexo mediador entre el titular de la soberanía y el equipo gobernante, y lo hace además, con la obligación de garantizar, política y constitucionalmente, la obediencia del Gobierno a la voluntad popular"<sup>654</sup>. Según Gibert, -- en cuanto técnica jurídico constitucional --, **el control parlamentario del Gobierno supone el único medio posible para que los ciudadanos, titulares de la soberanía, controlen de continuo a los gobernantes**. Y si bien es cierto que se lleva a cabo de forma inmediata, a través de los representantes legítimos, no lo es menos que ese control se combina con las elecciones legislativas periódicas que permitirán al cuerpo electoral expresar directamente su voluntad de sanción o de respaldo al gobierno<sup>655</sup>. **Es pues la voluntad del pueblo la que se convierte en el fuente del parámetro del control parlamentario**, que es entonces básicamente un control político. La función de la Constitución Política y de las leyes sería entonces la de servir de límite de freno a la voluntad del soberano, la cual no esta exenta de excesos y sobrelimitaciones.

Un último límite es el anotado por Manuel Aragón cuando señala que el control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el Control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos<sup>656</sup>. Esto último es importante pues no es requisito para ser Parlamentario ser abogado o tener formación jurídica. Es más, sólo el 28% del total de miembros del Congreso de la República elegidos en 1995, son abogados<sup>657</sup>. Piénsese que clase de control y de interpretación de la Constitución hará el Congreso donde

---

653.- Roberto Blanco Valdés, El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 131.

654.- Morillo Gibert, op. cit., pág. 21.

655.- Ibidem.

656.- Manuel Aragón, op. cit., pág. 93.

657 .- Instituto APOYO, Agenda Parlamentaria, Volumen 1, Número 1, abril de 1996, pág. 4.

sólo la cuarta parte serán abogados y ni siquiera especializados en Derecho Constitucional.

El control de la constitucionalidad por un órgano político tiene sus límites y peligros y uno de ellos es el que señala Pérez Royo. Según él, "es de gran importancia en una República no solamente salvaguardar a la sociedad frente a la opresión de sus gobernantes, sino también salvaguardar a una parte de la sociedad frente a la injusticia de la otra parte, ya que si una mayoría esta unida por un interés común, los derechos de las minorías no están seguros"<sup>658</sup>. Como agrega Pérez Royo, de ahí a necesidad de garantías de que el pacto constituyente no quedará a merced de cualquier mayoría parlamentaria futura<sup>659</sup>. Este autor, en relación con el Tribunal Constitucional en clara alusión al control jurídico, y en clara crítica a la posibilidad del control de la constitucionalidad de órganos políticos, señalará que esta institución es pensada desde sus orígenes como instrumentos de defensa frente a la opresión, como instrumento de protección de las minorías, de defensa del pacto constituyente frente a posibles interpretaciones "mayoritarias" futuras poco respetuosos del mismo<sup>660</sup>.

Este último punto merece ser comentado. No siempre la voluntad de la mayorías, van ha respetar los derechos de la minorías. No debemos dejar de reconocer que el control jurídico realizado por un órgano jurisdiccional, y con un parámetro objetivo y preestablecido, constituye una garantía más adecuada y efectiva, que el control político con un parámetro político, sobre todo frente a los embates de mayorías que no respetan los derechos de las minorías. Las normas son un suerte de diques de contención contra mayorías que no gustan respetar la Constitución.

El Parlamento a diferencia del Tribunal Constitucional es un órgano que asume y representa al electorado, en su misma proporción, razón por la cual siempre habrá mayorías y minorías, minorías cuyos derechos el Tribunal o cualquier autoridad jurisdiccional que no este presionada por quien la eligió (es decir, por su electorado) estará en mejores posibilidades de defender que el Parlamento, jaloneado por los grupos y las mayorías políticas, lejano de toda posición de independencia y neutralidad política.

---

658.- The Federalist, N° LI, pág. 325, New York, citado por Javier Pérez Royo, Tribunal Constitucional y División de Poderes, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 31.

659.- Javier Pérez Royo, Tribunal Constitucional y División de Poderes, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 42.

660.- *Ibidem*, pág. 42.

No se trata que el control político sea más importante que el control jurídico, ambos son vitales y se necesitan. En otras palabras, en la medida que cumplen funciones distintas son complementarios.

#### 4.5.4.2.5. El Control de la constitucionalidad por órganos "esencialmente" políticos ha sido ya superada

El control de la constitucionalidad atravesó por diferentes etapas hasta llegar a lo que ahora conocemos. Antes de llegar al Tribunal Constitucional o al denominado control difuso se intentó asignar esta función a órganos de naturaleza esencialmente políticos y no precisamente jurisdiccionales. Sin embargo, no es casual que este modelo haya sido superado mayoritariamente.

La experiencia francesa es muy ilustrativa para este caso, pues desde la Revolución Francesa, se han intentado de implementar diferentes tipos de control de la Constitucionalidad, sin embargo, la doctrina francesa se ha enfrentado, a la hora de instalar un mecanismo de control, con el denominado dogma de Rousseau de la infalibilidad de la ley, en tanto "expresión de la voluntad del pueblo soberano" que puede ser difícilmente cuestionado<sup>661</sup>. La concepción subyacente no era otra que la que señalaba que el "pueblo es soberano y por lo tanto libre de decidir aún leyes contrarias a la Constitución"<sup>662</sup>. Se dice que Sieyes llegó a afirmar la tesis, según la cual una ley contraria a la Constitución, vendría a ser como una revisión implícita de la Constitución<sup>663</sup>.

Joachim Roth reconoce hasta tres tipos de control embrionario de la Constitucionalidad anteriores a los que hoy día conocemos: el control por la opinión pública, el control por una asamblea política y el control por un órgano mixto. Señala con mucho acierto Roth, que este sistema se caracteriza porque, si bien "manifiesta cierta voluntad de control constitucional de las leyes...de hecho queda muy limitado en su ejercicio"<sup>664</sup>

---

661.- Favoreau, Lois, "Les cours constitutionnelles", De. PUF, coll. Que sais je, Paris, 1986, pág. 8. Citado por Joachim Roth, El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Series: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 12, CAJ, Lima, 1996, pág. 121.

662.- Joachim Roth, op. cit., pág. 121.

663.- Ibidem.

664.- Joachim Roth, El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Series: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 12, CAJ, Lima, 1996, pág. 121.



De todo estos, nos interesa mucho el del control de la Constitucionalidad a cargo de una asamblea política. Como su propio nombre lo indica, el control de la constitucionalidad es confiado a una asamblea que técnicamente está en la posibilidad de asumir esa función, pero el riesgo de que caiga en el oportunismo político es mayor, pues dicha asamblea se vería sometida a toda una serie de presiones que le imposibilitaría trabajar correctamente<sup>665</sup>.

Un primer ejemplo de este lo constituye el propuesto por Sieyes en 1795, de establecer un *jurie constitutionare*. Se trataba de una asamblea especial, cuyos miembros eran integrantes eran miembros procedentes del mismo Parlamento. Su labor específica era verificar la conformidad constitucional de las leyes votadas por este último. Esta propuesta fue rechazada.

#### **4.5.4.2.6. La experiencia del Consejo Constitucional Francés: Control de la constitucionalidad por un órgano político**

Sin desconocer las diferencias y las distancias, consideramos que puede ser interesante revisar rápidamente, la experiencia del Consejo Constitucional Francés, en la medida que constituye el caso de un órgano político que ejerce el control de la constitucionalidad.

La propuesta de un Tribunal en la Francia posrevolucionaria fue realizada por Sieyes. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica, en Francia fue rechazada. Entre los argumentos que se manejaron, Roberto Blanco Valdés destaca lo sostenido por uno de los parlamentarios de apellido Thibaudeau, quien se refirió a la posibilidad de que el Tribunal se acabase, convirtiéndose en un instrumento de dominio de la minoría sobre la mayoría, o lo que para él resultaba equivalente, de las facciones sobre la Nación representaba el Parlamento. Señalaría en relación a la posibilidad de implementar un Tribunal que velará por el respeto a la Constitución, que "correr detrás de una perfección quimérica, querer darle guardianes a una Constitución y vigilantes a los poderes constituidos superiores" y que "los más seguros y naturales guardianes de cualquier constitución son los cuerpos depositarios del poder y, después, la totalidad de los ciudadanos"<sup>666</sup>.

El rechazo de la propuesta de Sieyes era porque su propuesta entraba en contradicción abierta con uno de los básicos principios del liberalismo revolucionario triunfante tras el 89, "Es este concepto del poder absoluto del cuerpo legislativo, en tanto que representante de la voluntad general, el que, durante el período

---

665.- *Ibíd.*

666.- Roberto Blanco Valdés, *op. cit.*, pág. 307.

revolucionario, supuso el fracaso del proyecto del tribunal constitucional de Sieyes<sup>667</sup>. Detrás de ello, encontramos que, una serie de acontecimientos históricos y políticos trajeron como consecuencia que el principio de la separación de poderes (en el que los europeos habían confiado durante todo el siglo XIX como respuesta frente a los problemas derivados del control del poder del Estado), se convirtiese en totalmente insuficiente para hacer frente a los retos inéditos que imponía la nueva situación<sup>668</sup>.

Lo que se asumió en Francia fue lo que Blanco Valdés denomina la defensa política de la Constitución<sup>669</sup>, es decir que sea en un comienzo el Congreso y luego un órgano de naturaleza esencialmente política, quien vele por el respeto y la vigencia de la Constitución.

Autores como Laroque considera que la creación de este Senado -órgano que originalmente ejerció el control de la constitucionalidad en Francia -- resultó de la imposibilidad histórica y jurídica en que se encontraban los jueces de ejercer tal control de constitucionalidad<sup>670</sup>. Como sabemos, existía en la Francia pos-revolucionaria una confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, fruto del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la Revolución los jueces perpetraban frente a los restantes poderes de un modo en verdad arbitrario<sup>671</sup>. Asimismo existían al lado de las razones históricas, razones ideológicas. Basta con pensar en Montesquieu y en su doctrina de la división de poderes, que en su más rígida formulación se consideró desde todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, que, por lo demás, se contempla como la manifestación directa de la soberanía popular<sup>672</sup>.

Era inconcebible que un órgano que no tenía mandato popular como los jueces y tribunales pudieran corregir leyes aprobadas por el Congreso, no obstante que la misma representa al soberano, al mismo pueblo, fuente originaria del poder.

---

667.- Cierre de Malberg. Citado por Roberto Blanco Valdés, op. cit., pág. 307.

668.- Blanco Valdés, op. cit., pág. 312.

669.- Ibidem, pág. 249.

670.- Pierre Laroque, *Les juges francais et le controle de la loi*, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, trente- troisieme annee, 1926, págs. 722 y sigs, en concreto pág. 724. Citado por Francisco Fernández Segado, El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes, en: *Revista de Derecho*, N° 46, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Diciembre de 1992, pág. 311.

671.- Francisco Fernández Segado, El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes, en: *Revista de Derecho*, N° 46, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Diciembre de 1992, pág. 309.

672.- Ibidem.

Para Francisco Segado, sin embargo, "desde la perspectiva funcional y en cuanto órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, los resultados del Senado conservador fueron decepcionantes; más que instrumento de conservación del órgano constitucional, lo fue de transformación del mismo en un sentido cesarista<sup>673</sup>. Este fracaso se explica, tanto por su falta de independencia, como por el criterio restrictivo con que se regulaba la legitimación para instar su actuación.<sup>674</sup>

Lo importante y capital es el parangón que se puede hacer entre la composición del órgano de control de constitucionalidad francés y los Parlamento tal como los conocemos hoy en día, claro está guardando las distancias. Sobre este punto Segado advierte que, "parece fuera de toda duda -y constituye una opinión generalizada—que el control establecido por el constituyente francés de la Cuarta República no era sino un control de naturaleza política, en ningún caso jurisdiccional"<sup>675</sup>. Más adelante Segado agrega que, "El Comité constitucional venía integrado por políticos o por personas nombradas por órganos de ese carácter; además, no se les exigía ninguna cualificación técnico jurídica"<sup>676</sup>. Es necesario señalar también que su falta de carácter jurisdiccional respondía también, a que "el control que se llevaba a cabo era preventivo, esto es, había de verificarse antes de la promulgación de la ley..."<sup>677</sup>.

Existe toda una interesante discusión en torno a la naturaleza del Consejo Constitucional. Para unos será Política y para otros Jurisdiccional. La tesis jurisdiccional reposa para autores como Marcel Waline en dos argumentos, uno material que señala que la jurisdicción interpreta derecho y otro argumento formal que señala que su decisión tiene valor de cosa juzgada<sup>678</sup>. Por otro lado, el hecho de que los miembros del Consejo serán escogidos por el Jefe del Estado y los Presidentes de las Asambleas legislativas tiende, sin duda, a imprimirle el carácter de una jurisdicción política, pero lo que importa es que desde su nombramiento los miembros del Consejo gozan de las mayores garantías de independencia, pues son inamovibles e irrelegibles<sup>679</sup>, situación que no sucede con los miembros del Poder Legislativo.

Frente a la posición precedente, un nutrido grupo de autores se ha inclinado por la naturaleza política del Consejo Constitucional. La tesis política ha sido

---

673.- *Ibidem*, págs. 311-312.

674.- Gumersindo Trujillo, *La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control*, en: "Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes, Universidad de la Laguna, La Laguna, págs. 76-77. Citado por Fernández Segado, *op. cit.*, pág. 312.

675.- *Ibidem*, pág. 315.

676.- *Ibidem*.

677.- *Ibidem*.

678.- *Ibidem*, pág. 321.

679.- *Ibidem*, pág. 315.

expresada con particular vigor por quien fuera vicepresidente del Consejo Constitucional, Chenot, quien manifestaba que "El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple"<sup>680</sup>. También un autor de nombre Roger Pinto ha señalado en esta misma perspectiva que, "la composición del Consejo confirma que su carácter político, pues la Constitución no exige ninguna condición de competencia, ni tan siquiera que los miembros del Consejo reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales"<sup>681</sup>. También es importante hacer mención a una autocalificación llevada a cabo por el Consejo Constitucional francés en su decisión de fecha 6 de noviembre de 1962, cuando se definió como un órgano regulador de la actividad de los poderes públicos<sup>682</sup>.

Por otro lado, desde una perspectiva histórica, la evolución del control de la constitucionalidad en los países iberoamericanos transita desde el control político en los inicios de las nacientes repúblicas latinoamericanas a cargo de los Parlamentos, hasta el control de la constitucionalidad a cargo de los jueces y magistrados. Según Fernández Segado, el llamado modelo político de control de la constitucionalidad, consistente en facultar al Congreso la custodia o salvaguarda de la Constitución, iba a arraigar bien pronto en Iberoamérica, en gran medida por el notable influjo ejercido por algunas constituciones francesas del período revolucionario<sup>683</sup>. Casi todos los países le encargan al Congreso velar por la Constitucionalidad. La razón la da la propia Corte Suprema de Chile el 6 de julio de 1848, "*El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza será superior al legislador mismo, puesto que alcanzaba anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones*".

---

680.- Citado por Fernández Segado, *op. cit.*, pág. 315.

681.- Citado por Fernández Segado, *op. cit.*, págs. 315-316.

682.- Citado por Fernández Segado, *op. cit.*, págs. 324. En el caso del Consejo Constitucional francés, algunos autores consideran insuficiente otorgarle naturaleza política al Consejo Constitucional francés por el sistema de reclutamiento de sus miembros. Sobre este punto, diremos que ese no es el único argumento que en el presente trabajo utilizamos para concluir en la naturaleza política del control parlamentario de los decretos de urgencia.

683.- Fernández Segado, Francisco. Doctrina Constitucional. Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica. Sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Varios. 1º Edic., Konrad -Adenauer-Stiftung, CIEDLA, Medellín, 1997, pág. 63.



En relación con el Control Político de la constitucionalidad en Iberoamérica, podemos llegar a la fácil conclusión de que con alguna aisladísima salvedad, los dos primeros tercios del pasado siglo nos ofrecen un modelo de control político. Será aproximadamente hacia las décadas del cincuenta y del sesenta del siglo XIX cuando los códigos constitucionales de algunos países comiencen a contemplar el control jurisdiccional de la constitucionalidad<sup>684</sup>.

Con el transcurso del tiempo, los magistrados fueron reemplazando al Poder Legislativo en su función de control de la Constitución. La razón nos la ofrece el propio Fernández Segado. Según este autor, la constante disminución de facultades de los órganos legislativos contemporáneos, inclusive en los regímenes parlamentarios, ha convertido al control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, en el más contrapeso de un ejecutivo poderoso, debido a los requerimientos de las dinámicas, y a veces vertiginosas, transformaciones sociales<sup>685</sup>. Fernández Segado agrega sobre este punto, que *"la función equilibradora de la jurisdicción constitucional, frente a los vigorosos poderes de un Ejecutivo cada vez más fuerte, particularmente en lo que se refiere a su intervención en la elaboración directa o indirecta de las disposiciones de tipo general, o lo que es lo mismo, de efectos generales, que en forma breve y rápida determinen la conformidad de dicha legislación con los principios y normas constitucionales, ya que la seguridad jurídica y, en particular, el principio fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley, ya no permiten que se actúe por los tribunales en cada caso"*<sup>686</sup>.

Finalmente, no podemos olvidar que en el caso peruano, sólo el 28% de los miembros del Parlamento son abogados de profesión<sup>687</sup>. Entonces, la pregunta es, cómo es posible que una cámara donde menos de la tercera parte son abogados y tienen formación jurídica, pueden interpretar y desentrañar el sentido de la Constitución de una manera seria y técnica, más aún si tenemos el precedente en nuestro país de las interpretaciones de la Constitución denominadas "auténticas", que la mayoría de los veces está orientada a beneficiar al poder Ejecutivo, en sus intereses inmediatos, ajenos al verdadero espíritu y a los valores que informan nuestra Primera Carta Política.

#### 4.5.4.2.7. Nuestra posición

---

684.- Ibídem, pág. 63.

685.- Héctor Fix Zamudio, La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad, citado por Francisco Fernández Segado, *op. cit.*, pág. 46.

686.- Fernández Segado, *op. cit.*, pág. 46.

687.- Instituto APOYO, Agenda Parlamentaria. Volumen 1 Número 1, Lima, abril 1996.

En nuestra opinión, el Parlamento realiza un control político de los decretos de urgencia, aún cuando utilice argumentos de la Constitución Política.

Es preciso hacer una diferencia, entre realizar un control jurídico, utilizando los jueces como parámetro la Constitución, y la **utilización de argumentos de la Constitución** a cargo de un órgano político, tesis con la que coincidimos. En este último caso, la utilización e invocación política de la Constitución por parte del Congreso no será la de un juez, obligado a aplicar la Constitución y la ley, bajo amenaza de ser denunciado por infringir la ley. También hay que distinguir entre los que señalan que el Parlamento realiza al mismo tiempo un control jurídico y político (de la constitucionalidad y de oportunidad), y una segunda tesis, con la que nos identificamos, la que señala que realiza un control político, invocando políticamente (subjektivamente) argumentos constitucionales fuera de un control jurídico realizado por jueces.

Acá debemos recordar una vez más, que aún cuando se utilice la Constitución como parámetro aparente y se invoque a esta carta política para sustentar alguna norma o decreto de urgencia, algún dictamen, etc., el control no deja de ser político. Es una decisión que se toma no por la fuerza del Derecho sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino de un órgano político, como diría Manuel Aragón, es una "decisión enteramente libre y no objetivamente vinculada"<sup>688</sup>, como agrega este autor, "el agente de control, en esos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece "oportuna" (de la misma manera que la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como órgano judicial, que la de interpretarla de la única manera que se considera válida"<sup>689</sup>.

Incluso, la doctrina ha señalado que, aún cuando sostengamos que el control de los decretos de urgencia constituyen un control de la constitucionalidad, no se puede evitar la utilización de criterios de oportunidad. Esta última posición, está relacionada con lo que la doctrina denomina, "conceptos jurídicos indeterminados", y que más adelante explicaremos. Asimismo, existirán conceptos jurídicos cuyo contenido no ha sido definido por el legislador, conceptos que serán definidos por el órgano político en su momento, de conformidad con el principio de oportunidad y conveniencia, no obstante que dichas nociones están dentro de la Constitución, parámetro del control jurídico.

#### **4.5.4.3. El control de la Constitucionalidad de los decretos de urgencia: Criterios de análisis**

---

688.- Aragón, *op. cit.*, pág. 152.

689.- *Ibidem*.

En el caso que utilicemos la Constitución Política como parámetro de control, las Cartas Políticas nacionales establecerán procedimientos, límites y requisitos específicos para realizar el control de estos decretos de urgencia, donde destaca entre otros la exigencia de hallarnos en una situación extraordinaria de necesidad y urgencia. En este caso, la doctrina ha señalado una serie de principios a tener en cuenta a la hora de confrontar el decreto de urgencia expedido por el gobierno y la Constitución, principios que de alguna manera orientan y ayudan a la realización del debate entre mayoría y minoría sobre el control de los decretos de urgencia.

Para el profesor argentino Pérez Hualde el control parlamentario sobre los decretos de urgencia debe girar en torno a la evaluación de tres aspectos: la existencia de la a) **situación de hecho** o supuesto fáctico que la esencia de causal de justificación exige para su procedencia, es decir, el estado de necesidad verdaderamente configurado conforme a los requisitos que impone la carta magna; b) **la constitucionalidad** de la norma en tanto y en cuanto respeta el orden jurídico y los límites propios de su naturaleza jurídica y la c) **oportunidad y conveniencia de la decisión**. A su vez dentro del control de la Constitucionalidad, el autor en mención observará dos principios: el principio de **razonabilidad** y el principio de **proporcionalidad**<sup>690</sup>. Más allá del requisito de oportunidad y conveniencia de la decisión, disentimos con el argentino Pérez Hualde cuando distingue y separa la evaluación de la situación de hecho (supuesto fáctico) de la evaluación de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, pues el primero está contenido en el segundo. Desde el momento en que el requisito de la situación de necesidad y urgencia esta señalado en la Constitución, se convierte este en parte de los requisitos para la expedición de los decretos de urgencia, en consecuencia contenido del control de la constitucionalidad. Sin embargo, eso no obsta para reconocer que el análisis del supuesto de hecho, si bien está señalado en la Constitución, su interpretación e invocación se hará con un criterio de apreciación subjetiva como consecuencia de la naturaleza política de la representación nacional. En ese sentido coincidimos con Pérez Hualde cuando precisa que el Poder Legislativo "(...) tiene las más amplias facultades para el control de la existencia del supuesto fáctico de la necesidad y urgencia (...)"<sup>691</sup>.

#### 4.5.4.3.1. Evaluación de la existencia del supuesto de hecho: la Cláusula "extraordinaria y urgente necesidad"

El decreto de urgencia no es un instrumento de uso común, que sirva para desarrollar una legislación paralela a la ordinaria, o para suplantarla, sino que "requiere de una situación anómala, un presupuesto habilitante sin cuya presencia el decreto-ley

---

690.- Pérez Hualde, *op. cit.*, págs. 211-212.

691.- *Ibíd.*, pág. 213.

habrá de considerarse ilícito"<sup>692</sup>. Como su mismo nombra lo señala, lo primero en el control parlamentario de los decretos de urgencia es constatar si realmente nos encontramos ante una situación de necesidad y urgencia.

El supuesto **fáctico** no es otro que el estado de urgencia, que puede ser de tipo económico, político, de seguridad, catástrofes naturales, etc., frente a las que es necesario actuar en forma inmediata, ineludible e impostergable<sup>693</sup>. El problema con este supuesto, y de ahí los problemas para su conceptualización, es qué son o qué entender, por "situaciones fácticas complejas, sobre cuya real existencia caben discrepancias"<sup>694</sup>.

La doctrina se refiere al supuesto fáctico, como aquel acontecimiento o situación que determina la emergencia, que ocasiona la crisis institucional que impide la Poder Legislativo ejercer sus facultades constitucionales de un modo adecuado, llevando al estado de necesidad política que desemboca en la asunción de dichas facultades por parte del Poder Ejecutivo. Algunos autores señalan que al supuesto fáctico lo precede un supuesto institucional complejo que se compone de la existencia de un **sistema con división de poderes o de funciones en distintos órganos** y con un procedimiento de elaboración de las leyes. Como sostiene Legaz y Lacambra, el control de los decretos de urgencia "sólo tiene interés supuesta la existencia de un régimen democrático"<sup>695</sup>. Si no existe "un orden republicano donde existen órganos diferenciados y donde se podría dar, en caso de crisis, la asunción de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo"<sup>696</sup>, no se dará la posibilidad de existencia del decreto de necesidad y urgencia.

Es de suma importancia también advertir y no confundir, la calificación que el Presidente de la República le confiere al Decreto de Urgencia con la efectiva y verdadera existencia de una situación extraordinaria. Es decir, cuando esté comprobada la imposibilidad de recurrir a otros canales legislativos regulares para adoptar la mencionada norma.

#### 4.5.4.3.1.1. Imposibilidad de utilizar los canales ordinarios

Este es uno de los requisitos que fluyen por la propia naturaleza de la institución del control parlamentario de los de urgencia, sin embargo, no siempre se encuentra legislada este requisito. En este punto se esconden muchas falacias. En ese

---

692.- De Otto, op. cit., pág. 197.

693.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 212.

694.- Carlos María Bidegain: Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina, en "ED", 87-584 y 585; citado por Pérez Hualde, ob. cit., pág. 212.

695.- Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 94.

696.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 94.



sentido, un sector de la doctrina sostiene, que se debe probar que al menos se intentó mediante el envío del proyecto de ley antes de su dictado como decreto. Ciertamente, no será comprobable la imposibilidad si en la misma semana el Legislativo se reunió con quórum y dictó resoluciones<sup>697</sup>.

La doctrina argentina exige dos elementos esenciales para calificar al supuesto de hecho habilitante de la facultad presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia: **uno fáctico** que es la situación de necesidad y urgencia y otro que denomina "**institucional**", consistente en la imposibilidad de empleo del trámite ordinario de sanción de las leyes<sup>698</sup>. Pérez Hualde, recogiendo lo señalado por la Constitución Argentina señala la necesidad de constatar la imposibilidad del empleo del trámite ordinario de sanción de las leyes, además de evaluar el estado de urgencia.

*"Constitución Argentina*

*Artículo 99°.-*

*3.- ...Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes..."*

Un elemento que se deduce de la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes, es la exigencia de probar que al menos se intentó agotar los mecanismos ordinarios, sea por ejemplo mediante el envío al Congreso del proyecto de ley antes de su dictado<sup>699</sup>. Y para esto, el Gobierno podría usar la facultad de enviar proyectos con carácter de urgencia al Parlamento que goza de una preferencia y celeridad especiales. Esta obligación no será requerida ciertamente, cuando la eficacia de la medida pueda perjudicarse o disminuir si es que esta medida antes de entrar en vigencia es conocida con antelación. En ese caso, consideramos que no nos encontramos en el supuesto.

En conclusión, no se estará en presencia de un caso, de extraordinaria y urgente necesidad, cuando la situación pueda razonablemente esperar a ser regulada por un Ley aprobada por el Parlamento, o cuando no se intentó la aprobación de la medida en cuestión, por medio de los canales ordinarios.

---

697.- *Ibidem*, pág. 214.

698.- *Ibidem*, pág. 212.

699.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 214. Como señala Javier Salas, "no ha de ser posible realizar tal cometido a través del procedimiento legislativo, en cualquiera de sus modalidades, ni siquiera en aquellas que permitan acortar considerablemente los plazos (...) previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado", Javier Sala, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 274.

#### 4.5.4.3.1.2. La necesidad y urgencia: definición jurídica o política (Los conceptos jurídicos indeterminados)

Un tema crucial y controversial en el control parlamentario lo constituye la naturaleza y la definición de los conceptos de necesidad y urgencia. En esta perspectiva, un punto relevante quizá previo en la discusión en torno al supuesto fáctico de los decretos de urgencia, es el referido a lo que un sector de la doctrina llama "conceptos jurídicos indeterminados". El problema es, hasta dónde estamos ante conceptos jurídicos definidos por normas jurídicas, y hasta donde son conceptos que caen dentro de la discrecionalidad política propia de un órgano político que la está utilizando e invocando, (explicable desde la óptica de la necesidad política del Gobierno de contar con instrumentos eficaces para cumplir sus funciones). Aún cuando esta discusión en un primer momento puede parecer propia del control de los decretos de urgencia a cargo de las autoridades jurisdiccionales, el análisis de estos conceptos tendrán sentido si aceptamos que el Congreso también utiliza argumentos y "razones" constitucionales.

En la doctrina el debate gira en torno a, si estamos ante conceptos que deben ser definidos jurídicamente o en su defecto definidos políticamente. Autores como Alvarez Conde, señalan que este "supuesto habilitante" es "un concepto jurídico indeterminado que parece excluir los supuestos de clara arbitrariedad"<sup>700</sup>. Sin embargo, para otros autores como De Otto, este supuesto habilitante "no significa que se trata de un concepto puramente político, jurídicamente indefinible"<sup>701</sup>.

El Tribunal Constitucional Español ha entendido que la cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" está más próxima a los supuestos susceptibles de apreciación discrecional por los órganos políticos, que a la categoría de conceptos jurídicos indeterminados<sup>702</sup>. En efecto, el Tribunal en una de sus sentencias<sup>703</sup> se refiere a la necesidad y a la urgencia como "conceptos que, si bien no son inmunes al control

---

700.- Alvarez Conde, op. cit., pág. 200.

701.- De Otto. op. cit., pág. 198.

702.- Agustín S. de Vega García, op. cit., pág. 11. El Tribunal Español ha reconocido entonces, un "razonable margen de discrecionalidad" en favor del Gobierno para la apreciación del caso de "extraordinaria y urgente necesidad" S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, citado por Vega García, op. cit., pág. 11. . En esta sentencia rechazó las alegaciones de los recurrentes, que entendían la cláusula como un concepto jurídico indeterminado, para acercarse a la posición sostenida por el abogado del Estado, que alegaba el carácter discrecional de la apreciación del caso por el Gobierno. Agustín S. de Vega García, op. cit., págs. 11-12.

703.- S.T.C. 111/1983 de 2 de diciembre, Fj 5(3). citado por Vega García, op. cit., pág. 11.

jurisdiccional, rechazan --por la propia función que compete al Tribunal-- toda injerencia en la dirección política"704.

En una posición cercana se puede encontrar a autores como Vega García, para quien la cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" no parece poseer los rasgos de una disposición normativa. Es, más bien, un dato en el que la hermenéutica jurídica tiene un lugar muy reducido frente al que corresponde a las opciones políticas705.

En esa misma línea nos parece importante lo señalado por De Otto cuando precisa que, "esa valoración de las circunstancias tiene un margen de libertad amplio, pues la extraordinaria y urgente necesidad es un concepto en cuya apreciación es forzoso reconocer a los órganos políticos un razonable margen de discrecionalidad"706. Pablo Santolaya por su parte, comentando el sistema italiano de control de los decretos de urgencia, señala que "los conceptos de urgencia y necesidad son parámetros políticos, libremente determinables, es decir, de forma discrecional, en primer lugar para el Gobierno, actividad a la que seguirá un control también político, por parte del Parlamento. Estaríamos ante un concepto discrecional cualquier juicio del Gobierno sería lícito, siempre que el Parlamento lo comparta."707. En todo caso, aún cuando concibamos al control parlamentario como control parlamentario de los D.U. como control jurídico de la constitucionalidad, es insoslayable la recurrencia al principio de oportunidad, como más adelante lo demostraremos. Asimismo, desde la perspectiva del control político de los decretos de urgencia, aquí se advierte como, la noción de concepto jurídico indeterminado de la noción "extraordinaria y urgente necesidad" aquí se da la mano con el principio de oportunidad. En consecuencia, la discrecionalidad se encuentra muy relacionado al principio de oportunidad y conveniencia, criterio básico del control parlamentario.

En relación con la experiencia argentina, Pérez Hualde ha precisado que, si bien los tribunales argentinos han admitido que no corresponde este análisis por parte del Poder Judicial, quedando sólo reservado al Legislativo, **algunos autores entienden que el juez no puede evitar el análisis detenido de la oportunidad y la convivencia de la medida tomada por el Ejecutivo en estado de necesidad y urgencia**708,

*"Paralelamente, el control Parlamentario, para saber si existe un control constitucional, es necesario partir del hecho que el concepto de "extraordinario y urgente necesidad supone*

---

704.- Ibídem.

705.- Ibídem, pág. 11.

706.- De Otto, op. cit., págs. 197-198.

707.- Pablo Santolaya, op. cit., pág. 126.

708.- Pérez Hualde, op. cit., pág.

*simplemente una valoración política de oportunidad que como tal, ha sido reservado al exclusivo juicio político de las Cámaras; y por ende, deja sin posibilidad alguna de control por parte de la jurisprudencia constitucional, y en el mejor de los casos, cuando se admite, solamente señalan que no se debe abusar del poder legislativo que goza el gobierno"*709.

Las razones de esta discrepancia no faltan, pues es verosímil que determinados hechos puedan configurar en una situación un estado de necesidad y urgencia y en otra situación no. Un mismo hecho puede en una coyuntura implicar o significar más peligro que otra. Dependerá mucho del análisis político, y de dónde se quiera poner el acento, así como de las metas y de los objetivos enmarcados en el plan de gobierno. Pensemos por ejemplo como una distorsión en la economía puede afectar más una economía frágil que a una economía más sólida, con más reservas. El propio Tribunal Constitucional Español remite a la conceptualización política la definición de la urgente necesidad, ya que se trata de "actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan toda injerencia en la decisión política"710.

Los conceptos jurídicos indeterminados consisten en "aquellos conceptos de valor o de experiencia cuyo contenido no está definido por la ley, ni a partir de tipos cerrados (como en el derecho penal) ni de tipos abiertos (como en el derecho civil), sino que deben ser precisados sólo con motivo de presentarse la circunstancia de hecho mentada en el concepto: la necesidad y urgencia"711. Lo esencial de un concepto jurídico indeterminado consiste en que "la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso"712. En ese sentido nos identificamos con lo que propone con mucha lucidez Enrique Alonso García, para quien los conceptos jurídicos indeterminados contienen una zona de certeza, una zona de incertidumbre y una zona de certeza negativa, lo cual conlleva que el problema de los conceptos jurídicos indeterminados no es uno de discrecionalidad de la Administración en la determinación de si el supuesto de hecho es encuadrable en la zona de incertidumbre, sino uno de dificultad de apreciación de si cae o no en esa zona (...)"713. Como señala el profesor español De Otto comentando la jurisprudencia constitucional española, el

---

709.- Santolaya, op. cit., p. 228; citado por Castillo Meza, op. cit., pág. 41.

710.- S.T.C. 111/1983, caso "Rumasa"; ver en Segura, s, pág. 362.

711.- Quiroga Lavie. La potestad legislativa, citado Pérez Hualde, op. cit., pág. 96.

712.- E. García Enterría-T. R. Fernández, citados por Enrique Alonso García, La Interpretación de la Constitución, Colección de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 116.

713.- Enrique Alonso García, La Interpretación de la Constitución, Colección de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 116.



Tribunal Constitucional ha reconocido esa doble faceta de la extraordinaria y urgente necesidad, esto es discrecionalidad pero limitación al fin y al cabo<sup>714</sup>,

La idea básica es que el Poder Ejecutivo no se salga de ese margen, de ese rango que le señala la Constitución y la ley para expedir los decretos de urgencia. En todo caso el gobierno tendrá un margen de discrecionalidad siempre y sólo dentro de los topes y de los límites que le fija la Constitución podrá expedir los decretos de urgencia, razón por la cual nos suscribimos a lo señalado por el autor antes mencionado cuando señala que el problema está en evaluar si el Poder Ejecutivo se ha salido o no del rango que le fija la Constitución y las normativas pertinentes. En ese sentido, no nos identificamos con quienes sostienen la indeterminación absoluta ("el supuesto fáctico no es algo predeterminado conceptualmente") y, muy probablemente, fracasaría una aspiración en tal sentido, pero tampoco con quienes señalan que son conceptos jurídicamente definibles. Pero ello no impide que se pueda detectar la existencia o no del mencionado supuesto, a los efectos de determinar si se ha incurrido en la arbitrariedad y con el fin de establecer la conexión de sentido de los actos emitidos en tal supuesto de hecho con esas mismas circunstancias que --se aduce-- lo determinaron<sup>715</sup>.

En conclusión, nuestra posición es que como regla general la Constitución establece un rango, es decir, establece y señala los límites y los topes dentro de los cuales no debe el órgano político salirse a la hora de recurrir a los decretos de necesidad y urgencia. Es decir, la Constitución señala los límites y la frontera de los requisitos de necesidad y urgencia, pero así mismo existe un espacio y una libertad que se deja al órgano político, pues la norma tampoco puede ni podrá ponerse en todos los supuestos de las normas ni reemplazar en la decisión al órgano político. De alguna manera la complejidad de la realidad obliga a flexibilizar la rigidez de los criterios y de los conceptos jurídicos y la propia dinámica política, así como las distintas evaluaciones y los distintos acentos que esta pueda suscitar, obligan a renunciar a cualquier intento de establecer un listado de casos o una tipología de situaciones donde se está en el supuesto de necesidad y urgencia. Esto nos lleva a coincidir con García de Enterría cuando luego de señalar que el presupuesto de hecho habilitante es "un ejemplo típico de lo que se conoce en términos de la teoría jurídica con el nombre de conceptos jurídicos indeterminados" precisa que estamos hablando de "conceptos cuyo alcance concreto no puede precisarse a priori, pero sí caso por caso en función de las circunstancias coetáneas e incluso, posteriormente a su aplicación (...)"<sup>716</sup>.

---

714.- S.T.C. 6/83 del 4 de febrero, citado por De Otto, *op. cit.*, pág. 198.

715.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 97.

716.- Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 161.

La complejidad de cada caso, y la propia regla nos obliga entonces ha ser flexibles. Sin embargo, la Constitución establece también una serie de criterios que van cerrando y limitando el margen de discrecionalidad. Nosotros, más allá de la conveniencia de adoptar una posición ecléctica y equidistante entre ambas posiciones, consideramos que la propia realidad nos sugiere que estamos ante una situación donde el derecho y la Constitución establecerá el marco, y el órgano político, dentro de esa marco definirá en concreto la situación de necesidad y urgencia.

Finalmente, no debemos olvidar que, el principio de oportunidad es el que ejerce no sólo el Congreso sino el que ejerce el Gobierno. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español en la primera sentencia dictada sobre esta materia, la S.T.C. 166/1986, de 19 de diciembre de 1986, reconocerá expresamente que el decreto ley puede ser dictado tras un sencillo "juicio de oportunidad", reforzando la tesis de la discrecionalidad política frente al entendimiento de la cláusula como concepto jurídico<sup>717</sup>.

#### 4.5.4.3.1.3. La necesidad y la urgencia como "presupuesto habilitante del decreto de urgencia"

Una de las aportaciones más importantes de la jurisprudencia constitucional Española ha sido la atribución de una doble funcionalidad a la "extraordinaria y urgente necesidad", en relación con la potestad legislativa del Gobierno: a) por una parte, constituye el "presupuesto habilitante" del decreto ley<sup>718</sup> y b) por otra, opera como condición del contenido del decreto ley con el que ha de mantener una "conexión de sentido"<sup>719</sup>.

La necesidad como presupuesto habilitante, supone la concurrencia de una serie de requisitos, donde destaca, lo extraordinario, la necesidad, lo urgente. Todos estos, en conjunto, constituyen el fundamento de la potestad legislativa del gobierno y justifican una actuación del ejecutivo encaminada a paliar en lo posible las consecuencias derivadas de una determinada situación.

##### 4.5.4.3.1.3.1. Sobre lo extraordinario

Una primera aproximación nos lo brinda el Diccionario de la Real Academia Española. Lo extraordinario será aquello que está "fuera del orden o regla natural o

---

717.- Agustín S. de Vega García, op.cit., págs. 11-12.

718.- S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, pfo 1. Citado por Agustín S. De Vega, op.cit., pág. 12.

719.- S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, Fj 3, pfo. 4. Citado por Agustín S. de Vega, op.cit., pág. 12.

común<sup>720</sup>. Esta definición resulta importante pero insuficiente, razón por la cual recurrimos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, quien ha señalado que lo **extraordinario** carece de valor autónomo en relación con la necesidad y la urgencia<sup>721</sup>, y que únicamente sirve para recalcar el carácter no normal de esta específica forma de producción normativa, precisamente definida por su necesidad y por su urgencia<sup>722</sup>. En efecto, lo extraordinario no es sino aquello no ordinario, lo que trasciende la normalidad. Pero, aparte de su carácter eminentemente abstracto, la introducción de este término tiene un claro objetivo: subraya el **uso restrictivo** del decreto-ley por parte del Gobierno como instrumento de legislación, en otras palabras su naturaleza excepcional.

La noción de lo extraordinario será complementada por los conceptos de la **necesidad y la urgencia**, en la medida en cualifican lo extraordinario del caso acaecido.

#### 4.5.4.3.1.3.2. Sobre la necesidad (La teoría de la necesidad relativa y la necesidad absoluta)

Un concepto que si ha despertado discusión y ha dividido también a la doctrina es el relacionado con la definición de la noción de "necesidad". En suma, se ha planteado la cuestión de si el decreto de urgencia está previsto únicamente como elemento normativo para casos de necesidad relativa o **necesidad absoluta**. Habrá necesidad relativa, cuando se le utilice como un instrumento de gobierno coadyuvante para el desarrollo de un programa político y el logro de los objetivos propuestos<sup>723</sup>. En otras palabras, como señala De Vega García, si el término "necesidad" debe referirse a situaciones objetivas plenamente constatables por cualquier intérprete jurídico o, por el contrario, debe ser entendido en su sentido relativo, es decir, como la exigencia de una acción de gobierno cuya omisión podría traer consigo, según una determinada óptica política, perjuicios para el interés social general<sup>724</sup>.

El Tribunal Constitucional Español al cual lo seguimos más de cerca en esta parte, distingue la necesidad absoluta de la necesidad relativa. Entre las primeras ha identificado "aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional" o "un peligro grave (...) para el orden público"<sup>725</sup>. La necesidad

---

720.- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, 1º tomo, Madrid, 1997, pág. 941.

721.- Pablo Santaolaya, op.cit., pág. 105.

722.- Ibidem.

723.- Vega García, op.cit., pág. 13

724.- Ibidem.

725.- S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, Fj 5, pfo. 2. Citado por Vega García, op.cit., pág.

absoluta comprendería, entonces, todas aquellas situaciones de *crisis del sistema político*, frente a las cuales, aunque el decreto-ley pueda ser complemento de legítimo recurso, la Constitución ha previsto sus propios mecanismos de defensa político existencial, como son los estados de excepción en el caso español<sup>726</sup>.

La posición que ha asumido la jurisprudencia española es por interpretar la necesidad urgente y extraordinaria como una "necesidad relativa". Como señala De Otto, el Tribunal Constitucional ha precisado que "la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta, que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo **con mayor amplitud, como necesidad relativa** respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes"<sup>727</sup>.

En relación con las situaciones de "necesidad relativa", el Tribunal Constitucional ha comprendido aquellas en las que el gobierno requiere "dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual"<sup>728</sup>, "que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental"<sup>729</sup>. Como señala el Tribunal Constitucional

*"Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo que quiere decir que la necesidad justificadora de los decretos - leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público (...) sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales"*<sup>730</sup>.

---

726.- De Vega García, *op. cit.*, pág. 13.

727.- S.T.C. 6/83 del 4 de febrero, citada por De Otto, *op. cit.*, pág. 198.

728.- S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo. 2. Citado por De Vega García, *op. cit.*, pág. 13.

729.- S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3, pfo. 4. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 13.

730.- S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo 2. Citado Vega García, *op. cit.*, pág. 14.



*"La utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86, tiene que reputarse lícita en todos los casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país (...) o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta"*<sup>731</sup>.

Como se puede apreciar, los magistrados constitucionales españoles han optado por una solución que Vega García denomina, flexible y matizada, frente a la gravedad con que el constituyente ha calificado la "necesidad" (una necesidad urgente y extraordinaria). De esta manera, el decreto ley parece ser entendido como un instrumento político más o menos del Gobierno, que le es posible utilizar con la sola finalidad de lograr los objetivos gubernamentales<sup>732</sup>.

Esta posición es compartida también por autores como Espín Templado, quien, en abono de su posición cita al Tribunal Constitucional para demostrar que en el caso del supuesto habilitante, la extraordinaria y urgente necesidad debe entenderse como un supuesto bastante menos excepcional de lo que los propios términos constitucionales hacen pensar. Así en la sentencia 6/1983 del 4 de febrero, se indica que no ha de entenderse como una situación de "peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal funcionamiento de los servicios públicos" sino con mayor amplitud, "como necesidad relativa respecto de situaciones concretas difíciles de prever (que) requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia..."<sup>733</sup>.

#### 4.5.4.3.1.3.3. Crítica a la teoría de la necesidad relativa

Indudablemente que la teoría de la necesidad relativa beneficia al Poder Ejecutivo y significa un retroceso de los esfuerzos por limitar y predeterminar el ejercicio de la facultad legislativa de este. Aún cuando no ha sido recogida en nuestro país, constituye uno de los argumentos más interesantes para justificar jurídicamente las facultades legislativas del Poder Ejecutivo en España.

La teoría de la necesidad relativa que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional Español no se ha visto exonerada de críticas. Uno de ellos es Vega García para quien "la teoría de la necesidad relativa", ha servido al Tribunal

---

731.- S.T.C. 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2.A, pfo 2. Citado por Vega García, op. cit., pág. 14.

732.- Vega García, op. cit., pág. 14.

733.- Espín Templado, op. cit., pág. 257.

Constitucional para revestir jurídicamente su posición permisiva"<sup>734</sup>. La teoría de la necesidad relativa esta emparentada con lo que Sagües denomina "Lectura ejecutivista"<sup>735</sup>.

Para llegar a esta posición, el Tribunal deduce de la diferente sede constitucional en que se ha ubicado la regulación del decreto-ley (Título III, Capítulo II: "De la elaboración de las leyes") y los estados de emergencia (Título V: "De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales") una distinción no sólo material, sino también formal de ambos tipos de situaciones. Y, en segundo lugar, porque la definición constitucional del ámbito del decreto-ley se efectúa de modo negativo (mediante una lista de excepciones), no es posible --dice el Tribunal-- desprender un contenido positivo del artículo 86<sup>736</sup>. En esa línea del Tribunal, tenemos autores como el mismo profesor Otto, quien señala que el supuesto habilitante debe diferenciarse de los estados de excepción, que tienen que ver más con estados de sitio, con alarmas. Según este autor, en el caso del supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, nos encontramos ante una "*anormalidad de tono menor*"<sup>737</sup>. Para el mencionado autor, no es necesario encontrarnos ante un vacío institucional transitorio, como por ejemplo que no estén reunidas las Cortes o que falte la mayoría necesaria para la legislación ordinaria. Para este autor, la potestad legislativa de urgencia se puede utilizar en "*plena normalidad institucional*". Más adelante, agrega este autor que, el presupuesto habilitante de la legislación de urgencia es tan sólo una extraordinaria y urgente necesidad de regular algo con normas de rango de ley sin que sea posible hacerlo por los cauces ordinarios, por el procedimientos legislativo, por tratarse de una situación que requiera una rápida respuesta que no puede producirse por esa vía<sup>738</sup>.

---

734.- Vega García, op. cit., pág. 15.

735.- Néstor Pedro Sagües, Decretos de Necesidad y Urgencia estado actual del problema, En: Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo 1992-B, Buenos Aires, 1992, pág. 921. Para este autor, "en una interpretación "pro Poder Ejecutivo", podría sostenerse que después de "Peralta" (nombre que recibió un caso argentino), el Presidente puede constitucionalmente emitir decretos de necesidad y urgencia (esto es ejercer funciones legislativas) dándose una situación de necesidad y de rapidez de decisión. El Poder Ejecutivo tendría el derecho y el deber de hacerlo, en tanto que el Congreso debería guardar silencio. A su turno, el Poder Judicial no podría evaluar ni la oportunidad, ni la conveniencia ni el acierto de las medidas de emergencia, que pasarían a ser una suerte de 'cuestión política no justiciable'. El Congreso sólo podría modificar un decreto de necesidad y urgencia por vía de ley, y el proyecto del caso podría ser vetado por el Poder Ejecutivo".

736.- Ver la S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo. 2. Citado por Vega García, op. cit., pág. 15.

737.- De Otto, op. cit., pág. 197.

738.- Ibidem.

Para autores como Cruz Villalón, uno de los más severos críticos de esta construcción teórica del Tribunal, "deducir de la regulación constitucional dislocada de los estados de emergencia y de las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, una hipotética sustitución sistemática y legítima del Parlamento por el gobierno, parece cuando menos un argumento insuficiente y cargado de formalismo. Igualmente, el hecho de que una materia concreta sea regulada de forma restrictiva no es tampoco argumento suficiente para prejuzgar la excepcionalidad de la situación a la que pretende hacer frente"<sup>739</sup>.

Vega García, tratando de entender la flexibilidad en favor del gobierno ha comentando que la doctrina del Tribunal Constitucional parece haberse visto influenciada de un lado, "por el proceso de ampliación de los poderes del ejecutivo en los estados occidentales, al que no es ajeno el significativo status que se confiere al Gobierno en nuestro propio sistema político. En ese sentido, admitir que el gobierno tiene un relativo margen de apreciación discrecional de la "necesidad" del decreto-ley significa también dejar constancia del importante peso de la mayoría en el proceso democrático. Y, de otro lado, la paulatina pérdida de temor que el decreto-ley transmitía en épocas pretéritas, cuya utilización era entendida como signo premonitorio de atentado a las paredes maestras del Estado"<sup>740</sup>.

Asimismo, en la adopción de esa doctrina flexible, el Tribunal tampoco ha debido ser ajeno a la *dificultad de deslindar, en la interpretación de la "necesidad", el razonamiento jurídico y los juicios políticos que pudieran formularse*. En ese sentido, y porque este problema es conocido en otras experiencias de justicia constitucional, el propio Tribunal reiteradamente ha reconocido que en el intento de definir una situación fáctica designada de manera abstracta --como es la "extraordinaria y urgente necesidad"-- corre el riesgo de extender arbitrariamente los límites de su función jurisdiccional<sup>741</sup>. Vega García agrega que "quizás por estas razones la jurisprudencia constitucional se ha caracterizado por la **tendencia a abrir un amplio campo expansivo al uso del decreto-ley como instrumento normativo de gobierno**, y a refugiarse en una posición de marcado y paulatino *self restraint* en cuanto al control de la "necesidad"<sup>742</sup>.

Sin embargo, debemos señalar que esta posición de autorestricción no fue la primera que tomó el Tribunal Español. En la primera Sentencia del Tribunal

---

739.- P. Cruz Villalón. Tres sentencias sobre el decreto-ley, (S.T.C. 29/1982, 6 y 111/1983), en: El gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de autonomía, Diputación de Barcelona, 1985, pág. 148. Citado por Vega García, op. cit., pág. 15.

740.- Vega García, op. cit., pág. 16.

741.- S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, pfo. 1; y S.T.C. 32/1981, de 21 de julio, FJ 6, pfo. 5, entre otras cosas. Citado Vega García, op. cit., pág. 16.

742.- Vega García, op. cit., pág. 16.

Constitucional Español (29/1982, de 31 de mayo) el Tribunal confirmó decididamente su competencia para ejercitar tal control de constitucionalidad, no obstante luego, se produjo un vuelco en el criterio del propio Tribunal, al admitir la justificación del decreto-ley en "todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país".

Recientemente, ha flexibilizado su doctrina aún más, admitiendo también que la utilización del decreto-ley puede afrontar "las necesidades relativas que se originan en el ordinario desenvolvimiento del quehacer gubernamental", entre las que se puede incluir: a) la necesidad de actuar "los nuevos objetivos de la acción gubernamental" provocados por la formación de una nueva mayoría<sup>743</sup>; b) "la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial"<sup>744</sup>; El "riesgo de la estabilidad del sistema financiero y la preservación de otros intereses sociales"<sup>745</sup>; y, d) E incluso, la simple pretensión de adecuar el aparato administrativo a los objetivos programáticos de una nueva mayoría política<sup>746</sup>.

A criterio del autor español Vega García, lo que parece haberse producido es "una inevitable desviación entre el Derecho constitucional y la realidad política"<sup>747</sup>. Y así, aunque el constituyente formulara con cierta gravedad el posible recurso al decreto-ley por parte del Gobierno, ante la inexistencia de mecanismos efectivos de control político de la "necesidad", y ante la complicada coyuntura en la que se coloca el control jurisdiccional del caso aducido por el Gobierno, es un proceso inexorable que la jurisprudencia constitucional haya tenido que adaptar su doctrina a esa realidad política. Por ello, el Tribunal, más que adentrarse en un control incisivo de la "necesidad" ha tenido que limitarse a reconocer que, en la práctica, *cualquier necesidad* de una acción de gobierno podría justificar la utilización del decreto-ley<sup>748</sup>.

#### 4.5.4.3.1.3.4. La necesidad relativa y el uso arbitrario y abusivo

Una consecuencia de la adopción de la teoría de la "necesidad relativa" por el Tribunal Constitucional Español, será que al final este termine adoptando conceptos

---

743.- S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, Fj 3, pfo. 3. Citado por Vega García, op. cit., Pág. 16.

744.- (S.T.C. 29/1986, de 20 de febrero, Fj 2. A, pfo. C. Citado por Vega García, op. cit., Pág. 16.

745.- (S.T.C. 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15.A, pfo. 1. Citado por Vega García, op. cit., Pág. 16.

746.- S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3, pfo. 7. Citado por Vega García, op. cit., pág. 17.

747.- Pérez Royo, 1985, pág. 143. Citado por Vega García, op. cit., pág. 17.

748.- Vega García, op. cit., pág. 17.



esencialmente políticos para realizar el control parlamentario, cuando concluye que sólo podrá derogar un control cuando se realice un uso abusivo y arbitrario de la institución del decretos de urgencia por parte del gobierno.

En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional Español se puede apreciar como el Gobierno goza de una amplia discrecionalidad a la hora de valorar la "necesidad" y la "urgencia" de un caso extraordinario. La consecuencia de esta discrecionalidad concedida al Gobierno por el Tribunal Constitucional se expresará también cuando este reconoce que sólo se podrá derogar un decreto de urgencia cuando estemos ante un "caso de uso arbitrario y abusivo", conceptos que sin lugar a dudas tienen una definición más política que jurídica.

*"La Constitución atribuye al Gobierno la competencia y la iniciativa para apreciar, con un razonable margen, la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que no tiene por qué coincidir con supuestos extremos de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional, correspondiendo a este Tribunal el control jurisdiccional para verificar que no se hace del Decreto Ley un uso abusivo o arbitrario"<sup>749</sup>.*

El Tribunal Español agrega a continuación que "sólo en estos dos últimos casos, en los que manifiestamente no concurre el presupuesto de hecho habilitante, habría que declarar la inconstitucionalidad, por este motivo, del correspondiente Decreto Ley"<sup>750</sup>.

Comentando este punto Javier Salas señalará que, dejar en manos del Gobierno la apreciación discrecional de la concurrencia de dicho presupuesto, reservando, exclusivamente, y en último extremo, el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente "abusiva o arbitraria", supone, en la práctica, afirmar que tal requisito entra en el ámbito de lo estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada al Tribunal Constitucional<sup>751</sup>.

En efecto, se ha terminado por limitar rigurosamente la declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley, por ausencia de la situación de extraordinaria y

---

749.- S.T.C. 60/1986. Citado por Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 275.

750.- *Ibidem*.

751.- *Ibidem*.

urgente necesidad, a los "supuestos de uso abusivo o arbitrario" de ese instrumento normativo por parte del Gobierno<sup>752</sup>, "en los que manifiestamente no concurra el presupuesto del hecho habilitante"<sup>753</sup>. Con buena carga de realismo este Tribunal Español ha admitido que el ejercicio del control de constitucionalidad sobre la opción del Gobierno es políticamente problemático. García de Enterría citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español señalará que "en principio razonable y con amplio margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuando la situación, por consideraciones extraordinaria y urgente necesidad requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto Ley"<sup>754</sup>.

De esta suerte, la declaración de inconstitucionalidad, ceñida a situaciones macroscópicas de abuso del decreto-ley, o de patente y clamorosa arbitrariedad en la suplantación del legislador por obra del ejecutivo, abre un amplio abanico de posibilidades a favor del Gobierno en su particular apreciación del presupuesto habilitante del decreto-ley en la doctrina española. La propia implicación política de la cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" la convierte en un presupuesto difícilmente controlable desde el punto de vista jurisdiccional<sup>755</sup>.

De esto se puede colegir varias conclusiones, siendo la más importante que aún cuando optemos por utilizar la Constitución como parámetro de control parlamentario de los decretos de urgencia, la referencia a criterios de naturaleza política hace insoslayable la recurrencia al principio de oportunidad.

#### 4.5.4.3.1.3.5. Sobre la "urgencia"

En el caso de nuestro país, donde estos decretos han sido denominados "decretos de urgencia" la noción de urgencia adquiere especial importancia. Para la Real Academia Española urgencia hace referencia a la "cualidad de urgente"<sup>756</sup> o a la

---

752.- S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, pfo. 4. Citado por Vega García, op. cit., pág. 23.

753.- S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3, pfo. 6. Citado por Vega García, op. cit., pág. 23. También se puede revisar Javier Salas, op. cit., pág. 275. Según este autor, "dejar, de hecho en manos del Gobierno la apreciación discrecional de la concurrencia de dicho presupuesto, reservando, exclusivamente, y en último extremo, el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente "abusiva o arbitraria", supone en la práctica, afirmar que tal requisito entra al ámbito de los estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada al Tribunal Constitucional".

754.- Citado por Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 162.

755.- Vega García, op. cit., pág. 23.

756.- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, 2º tomo, Madrid, 1997, pág. 2050.

"Necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio"<sup>757</sup>. Por su parte, urgente es definido como "Que urge", del verbo urgir. Finalmente urgir para la Real Academia Española significa "Instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio"<sup>758</sup>. En resumen, no sólo es una necesidad de hacer algo, sino hacerlo de inmediato, en forma urgente.

A diferencia de la "necesidad", concepto que de alguna manera puede estar contenido en el concepto de urgencia, el concepto de "**urgencia**" posee perfiles más objetivos y constatables que los otros elementos componentes del presupuesto habilitante; lo que le hace ser **el término de principal interpretación ante un supuesto de "extraordinario y urgente necesidad"**<sup>759</sup>. El término "urgencia" presupone que la situación, a la que se hace frente mediante un decreto de urgencia, no puede ser afrontada con efectividad por los procedimientos legislativos ordinarios. El Tribunal Constitucional Español ha reconocido que la imposibilidad de que la situación sea atendida por la acción urgente de las Cortes Generales constituye el principal perfil definitorio de la urgencia<sup>760</sup>.

La jurisprudencia constitucional española ha indicado principalmente dos variantes objetivas de la urgencia: La eficacia inmediata de las disposiciones contenidas en el decreto-ley y la técnica de anticipación o de avance de una serie de medidas de gobierno destinadas a ser objeto de un ulterior desarrollo legislativo.

#### 4.5.4.3.1.3..5.1. La eficacia inmediata

La *eficacia inmediata* de las disposiciones contenidas en el decreto-ley constituye, según el Tribunal, el motivo principal de su utilización. En otras palabras nos hallamos ante "Una acción inmediata que no pueda posponerse a la utilización de mecanismos legislativos ordinarios", sólo esta podrá servir al Gobierno como elemento habilitante para dictar un decreto ley<sup>761</sup>. Ahora bien, porque es lo cierto que la efectividad de las medidas depende de la celeridad con que se apliquen, podríamos incluir y diferenciar, en este apartado, al menos dos tipos de situaciones. a) Por una parte, aquellos hechos imprevisibles o imprevistos ocurridos súbitamente, que es necesario afrontar con medidas legislativas, de cuya entrada en vigor inmediatamente depende la atenuación de sus consecuencias; y, por otra parte b) aquellas situaciones

---

757.- *Ibidem*.

758.- *Ibidem*.

759.- Vega García, *op. cit.*, pág. 17..

760.- S.T.C 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, pfo., 4; S.T.C 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo. 2; S.T.C 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 4. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 18.

761.- S.T.C. 166/1986, de 19 de diciembre FJ 15-A, pfo. 1. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 19.

que requieran la adopción de decisiones legislativas que, por su propia naturaleza, sólo son eficaces cuando se adoptan y aplican con la máxima celeridad<sup>762</sup>.

#### 4.5.4.3.1.3.5.2. La técnica de anticipación

La doctrina del Tribunal Constitucional Español ha admitido, también, que, ante la urgencia, el decreto-ley puede servir como *técnica de anticipación o de avance* de una serie de medidas de gobierno destinadas a ser objeto de un ulterior desarrollo legislativo<sup>763</sup>. A tal respecto, el Tribunal ha calificado el decreto-ley como un instrumento compuesto de "previsiones legislativas de acción inmediata que encontrarán en la ulterior ley aprobada, siguiendo lo que se dice el artículo 86.3 de la Constitución Española, su regulación definitiva"<sup>764</sup>. Igualmente ha declarado legítimo la utilización del decreto ley para adoptar "una serie de medidas inmediatas (...) a través del procedimiento de urgencia"<sup>765</sup>.

En este caso, la urgencia no se traduce tanto en una completa acción legislativa del Gobierno, cuanto en el avance o selección de un conjunto de medidas, más o menos definitivas, con que el Gobierno pretende afrontar una situación urgente y anticiparse a una posterior regulación parlamentaria de la materia<sup>766</sup>. Nada impide, entonces, que el decreto-ley pueda ser modificado o derogado mediante los procedimientos parlamentarios existentes, o incluso que sea convertido en ley (en el caso español, en virtud de lo dispuesto en el art. 86.3 de la Constitución Española). Ni tampoco pueden oponerse objeciones a que el texto de un decreto-ley no convalidado pueda servir al Gobierno como borrador para iniciar un procedimiento legislativo ordinario<sup>767</sup>.

#### 4.5.4.3.1.4. La "extraordinaria y urgente necesidad", condición del contenido del decreto ley

La jurisprudencia constitucional española ha atribuido a la cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" una segunda función: la de operar como condición del contenido del decreto de urgencia. Porque, si es lo cierto que la Constitución exige, como fundamento del decreto de urgencia, la existencia de una situación de "extraordinario y urgente necesidad", parece lógico que sus preceptos contengan la respuesta más adecuada al supuesto que el gobierno alegue al dictar un decreto de urgencia. Lo que quiere decir, según la doctrina constitucional reiterada,

---

762.- De Vega García, op. cit., pág. 18.

763.- Ibíd., pág. 20.

764.- S.T.C. 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2.A, pfo. 3. Citado por Vega García, op. cit., pág. 20.

765.- Ibíd. . .

766.- De Vega García, op. cit., pág. 20.

767.- Ibíd.



que las medidas contenidas en él, debe tener una "conexión de sentido" o "relación de adecuación" con el presupuesto habilitante<sup>768</sup>. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

*"Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal Constitucional implica (...) que exista una **conexión de sentido** entre la situación definida y las medidas que en el decreto-ley se adoptan"*<sup>769</sup>.

*"...siempre tendrá que ser la **respuesta normativa adecuada** congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho"*<sup>770</sup>.

El control de la constitucionalidad de la cláusula habilitante requiere, para el Tribunal, no sólo, como hemos visto, "un juicio de razonabilidad" sobre la existencia del presupuesto que habilita la potestad legislativa del Gobierno, sino también un "juicio de contradicción" o de contraste entre tal situación y las medidas adoptadas para hacer frente. La constitucionalidad del acceso del decreto de urgencia al ordenamiento se constataría, en consecuencia, tras un juicio de razonabilidad positivo y un juicio de contraste asimismo favorable<sup>771</sup>, como señala De Vega García. No abundamos más en el punto porque este será trabajado posteriormente.

Sin embargo, en cuanto al juicio de contraste sobre la conexión de sentido, cabría cuestionarse el lugar que ocupa el razonamiento jurídico frente a la valoración política. ¿Corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la adecuación de las medidas y la situación habilitante, o es, por el contrario, una función del Parlamento en cuanto órgano de control político?. El Tribunal Constitucional Español, ha adoptado al respecto una **clara posición autorrestrictiva**, consciente del riesgo de politización que conlleva la formulación de juicios sobre idoneidad de las disposiciones o sobre la bondad de las posibles medidas alternativas. En tal sentido ha declarado acertadamente que, si tales consideraciones se efectuasen, a la magistratura judicial, "una responsabilidad que no corresponde a su función y entrañaría una injerencia en

---

768.- *Ibidem*, pág. 24.

769.- S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, pfo. 4. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 24.

770.- S.T.C., 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo. 3. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 24.

771.- Vega García, *op. cit.*, pág. 24.

una decisión política que sólo al Gobierno -con el control parlamentario-- corresponde"772.

De este modo, el Tribunal reconoce que este juicio corresponde preferentemente a los órganos políticos. Esto es así, porque la "relación de adecuación" entra dentro de los límites inherentes a la acción de gobierno y al control parlamentario, los únicos pronunciamientos de inconstitucionalidad cabrían --al igual que respecto del presupuesto habilitante-- ante supuestos de *manifiesta falta de "conexión de sentido"*; frente a casos de regulación de materias sin relación con la situación habilitante; o incluso contra la pura y simple arbitrariedad, en cuanto forma de exceso de poder legislativo"773.

También en este aspecto, por tanto, la libertad de apreciación del Gobierno está formulada con muy amplios márgenes y la funcionalidad de la cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" como condición del contenido del decreto-ley se manifiesta con perfiles jurídicamente discutibles774. El derecho cedería ante el poder político. En ese sentido, las situaciones límites discutibles no serían discutidas o cuestionadas sino sólo las que *sean manifiesta y evidentemente arbitraria*. Desde la perspectiva del control jurisdiccional a cargo del Tribunal Constitucional, la situación se torna un poco problemática. Sin embargo, estos problemas desaparecerían cuando de lo se trata es del control en manos del parlamento, órgano que ya hemos visto ejerce un control sobre la base del principio de la oportunidad y basándose en la libre apreciación.

#### 4.5.4.3.1.5. Un supuesto problemático: "la inadecuación sobrevenida" del decreto-ley

La doctrina española ha elaborado en base a la experiencia del Tribunal Constitucional Español, el concepto de inadecuación sobrevenida del Decreto Ley, noción que tiene por objeto, velar porque la relación entre el supuesto habilitante y las disposiciones del Decreto Ley se mantengan en el tiempo. En otras palabras, que haya continuidad de en la relación de conexión y adecuación en el tiempo.

La evaluación de la "conexión de sentido" puede llevarse a cabo también en un momento posterior, durante la vida del decreto de urgencia en el ordenamiento. De este modo, la jurisprudencia constitucional español extiende el control de la "relación de adecuación" a lo que ha denominado "*inadecuación sobrevenida*". Es decir, del mismo modo que el Tribunal exige que entre el presupuesto habilitante y el contenido del

---

772.- S.T.C. 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 7. Citado por Vega García, *op. cit.*, pág. 25.

773.- Vega García, *op. cit.*, pág. 25.

774.- *Ibidem*, pág. 25.

decreto-ley haya una congruencia *ab origine*, igualmente requiere y controla que dicha "relación de adecuación" *subsista* durante todo el lapso de vigencia del decreto-ley, legítimo en cuanto a su origen, podría ser declarado, más tarde, inconstitucional y nulo por "*sobrevenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida*" 775. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional Español:

*"(...) la actual cuestión se suscita en relación con el primer ejercicio fiscal posterior a la vigencia del decreto ley, por lo cual la conclusión que hay que extraer es que el apuntado efecto, sin perjuicio de que en el futuro podamos llegar a una conclusión diferente, si con el paso del tiempo la regulación nacida de una situación coyuntural y destinada a cubrir unas necesidades muy concretas traspasará nítidamente tales límites y manifestará claramente su tendencia a la permanencia y a la normalidad, pues si tal caso llegara, podría hablarse de una sobrevenida falta de adecuación entre la situación habilitante y la normativa producida"*776.

Porque la "relación de adecuación" entre el supuesto habilitante y las disposiciones del decreto-ley ha de operar de *manera continuada*, al entendimiento de la cláusula "extraordinaria y urgente" necesidad como condición del contenido de aquella norma, se viene a añadir, en la jurisprudencia constitucional más reciente, la consideración de la "conexión de sentido" como *presupuesto sucesivo y continuado de la validez del decreto-ley*777. En consecuencia, según esta doctrina constitucional, porque la legitimidad del decreto-ley está subordinada al *mantenimiento* de la "relación de adecuación", desaparecida la situación habilitante, la norma subsistirá en el ordenamiento en virtud de la presunción de la legitimidad de los actos normativos primarios. Pero subsistirá "amenazada" por una doble y distinta declaración de inconstitucionalidad: de un lado, por la declaración de inconstitucionalidad ordinaria (como el resto de normas con fuerza de ley) y, de otro, por una eventual declaración de "inadecuación sobrevenida" con respecto al presupuesto habilitante (específica del decreto-ley).

Una parte de la doctrina señala que debemos de desechar este tipo de control por todos los problemas que ocasione, incluso la afectación a la seguridad jurídica. Como señala Vega García, "la práctica imposibilidad técnica de determinar los aspectos concretos y el momento exacto en que surge la "sobrevenida falta de adecuación" y la

---

775.- S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, FJ 7, pfo. 2. Citado Por De Vega García, *op. cit.*, pág. 26.

776.- *Ibídem.*

777.- *Ibídem.*

consiguiente nulidad del decreto-ley trae a colación de nuevo los inevitables juicios de mérito y valoraciones políticas que dicho control comportaría<sup>778</sup>. En todo caso no le falta razón a De la Vega García cuando señala que quizá la virtualidad de la sobrevenida falta de adecuación, consiste de una lado, compensar la autolimitación del propio Tribunal Constitucional en el caso español, con sus mecanismos alternativos de control de la permanencia del decreto ley en el ordenamiento. Y, de otro, sugerir veladamente al Gobierno, la necesidad de convertir en ley el contenido de los decretos-leyes con mayor proyección en el tiempo, a fin de no soslayar indefinidamente el debate parlamentario<sup>779</sup>.

Sin embargo, en nuestro parecer este es uno de los casos donde se puede ver la diferencia y los límites del control jurisdiccional frente al control político. El Parlamento a diferencia del Tribunal Constitucional en cualquier momento puede derogar una norma y un decreto de urgencia, incluso contradiciendo su propia opinión expresada con anterioridad, posibilidad que se tornaría más difícil y complicada en el caso del Tribunal Constitucional. Por eso consideramos que las críticas de Vega García están pensada para el control del Tribunal Constitucional que ejerce jurisdicción.

El otro aspecto resaltado por De Vega García, y que nos parece de suma importancia, es el que sugiere al Gobierno la necesidad de convertir en ley el contenido de los decretos leyes con mayor proyección en el tiempo, a fin de no soslayar indefinidamente el debate parlamentario.

#### 4.5.4.4. Algunos principios importantes para evaluar la constitucionalidad de los decretos de urgencia

Como antes señalábamos, aún cuando la evaluación de la constitucionalidad es tarea específica y fundamental de los Tribunales de Justicia, nada obsta para que el Congreso pueda verificar la constitucionalidad de los decretos de urgencia en el ejercicio pleno de sus facultades legislativas que la Constitución le reconoce, aún cuando la representación nacional carezca de la independencia e imparcialidad necesarias e idóneas. En ese sentido, la evaluación de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, exigirá revisar y verificar que el decreto de urgencia no violente ni contradiga la ley fundamental y respete los límites que esta última impone en su conjunto. Existen diferentes principios que la doctrina del derecho público ha elaborado que pueden ser útiles a la hora de revisar la adecuación de la constitucionalidad del decreto de urgencia.

---

778.- Vega García, op. cit., pág. 28

779.- De la Vega García, op. cit., pág. 28.



Para un sector de la doctrina, la función tradicional atribuida a los principios generales del derecho en nuestra doctrina se ha centrado en su cualidad de principios informadores del ordenamiento<sup>780</sup>. Cumplirían una función complementaria en la interpretación de las normas que consiste sobre todo, en auxiliar al intérprete con criterios de valor acerca de las reglas jurídicas<sup>781</sup>.

Existen diversos principios, aquí sólo mencionaremos algunos entre los que tenemos, el principio de la razonabilidad, el principio de Proporcionalidad y Equidad, el principio de control de los elementos reglados en especial el control del fin y la desviación del poder, el principio del control de los hechos determinantes, los Principios Generales del Derecho y finalmente, los Valores Superiores como criterio de evaluación de los decretos de urgencia.

La referencia a estos principios, es porque estimamos que los mismos pueden constituir instrumentos que pueden ayudar a demostrar al Parlamento el abuso por parte del Gobierno en la expedición de decretos de urgencia, desde la lógica de la minoría parlamentaria que sitúa su lucha y su control en el plano del control de la constitucionalidad.

#### 4.5.4.4.1. El principio de la razonabilidad

La verificación de la constitucionalidad de los decretos de urgencia implicará evaluar en primer término la **razonabilidad** de la utilización de los Decretos de urgencia. Esto es, la funcionalidad, la adecuación de los medios frente a los fines. En otras palabras, que el medio escogido para conjurar la situación de necesidad y urgencia tengan la capacidad de solucionar el problema.

Si bien este principio se encuentra regulado en la parte relacionada con los estados de excepción, en nuestra Constitución Política, ello no obsta para que no sea aplicado en otras circunstancias. Aquella no es sino, una manifestación de un principio, que atraviesa toda nuestra Carta Política.

La razonabilidad supone que las medidas adoptadas por el Gobierno a través de los decretos de urgencia, ante la situación extraordinaria de necesidad y urgencia, deben ser razonables, vale decir no sólo proporcionales sino que, además, guarden una

---

780.- María Luisa Balaguer Callejón, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 127.

781.- Sin embargo para otros sectores de la doctrina "no es posible formular una teoría general de los principios en un sentido unívoco. Las funciones que pueden cubrir varían desde múltiples posiciones en las que están comprendidos esos principios". Se habla así de la "naturaleza dinámica de los principios y en su multifuncionalidad y su versatilidad en relación con el caso concreto sobre el que intervienen.

**conexión lógica y una relación de causalidad inmediata** y directa con los hechos que motivaron la expedición del decreto de urgencia. Si nos encontramos en consecuencia, ante una situación donde las medidas adoptadas no guardan conexión o proporción con las causales que motivaron el estado de excepción, deberá revocarse o no convalidarse el decreto de urgencia.

Podemos encontrar hasta tres tipos de situaciones de ausencia de razonabilidad.

- Irrazonabilidad por falta de fundamento. No habrá razonabilidad cuando, no haya fundamento, no haya "causa constitucional" para la expedición del decreto de urgencia. En este supuesto, simplemente no existe situación de necesidad y urgencia, razón por la cual, no tendrá sentido analizar la medida adoptada por el gobierno.

Aquí podríamos citar como ejemplo el Decreto de Urgencia N° 011-96 mediante el cual se autoriza a CENTROMIN PERÚ S.A. para que transfiera directamente el Fundo Casaracra en favor de universidades nacionales. En este caso, si bien podemos considerar que es importante y necesario que CENTROMIN transfiriera un fundo a Universidades, esto por si mismo, no justifica la utilización de los Decretos de Urgencia. Es imprescindible, la existencia de una situación extraordinaria de urgente necesidad para regular una situación imprevisible.

- Irrazonabilidad en la elección del medio. Otro supuesto de ausencia de razonabilidad ocurrirá cuando la medida adoptada no guarda relación con los motivos determinantes de la expedición del decreto de urgencia. En este supuesto, aún cuando nos encontramos ante una situación fáctica de necesidad y urgencia, la medida posterior, adoptada por el Gobierno, con el objeto de conjurar dicha situación, no tiene la menor relación. Tal como su mismo nombre lo indica el medio carece de la razonabilidad. Este es el caso cuando si bien se necesita de la adopción de una medida por parte del Estado, la medida tomada no elimina ni enfrenta la situación de necesidad y urgencia.

En este caso, podemos hacer referencia al Decreto de Urgencia N° 038-96 que autoriza al Ministerio de Relaciones Exteriores a contratar en forma directa la adquisición de bienes y servicios para el acondicionamiento del nuevo local de la Embajada del Perú en Ecuador. Existe una necesidad, no cabe duda, la pregunta es, si la medida tomada a través del decreto de urgencia, guarda relación con el hecho fáctico. En nuestro criterio, nos parece un despropósito recurrir a este tipo de normas, pues no sólo existe una relación proporcionalidad, simplemente no existe relación.

- Irrazonabilidad por desviación de poder. Este supuesto es una modalidad de la irrazonabilidad anterior. En primer lugar existe una situación de necesidad y urgencia (supuesto habilitante). Cuando aunque sea explicable que se expida un decreto de urgencia, se lo hace en concreto con un fin distinto. Aquí ya no estamos ante el supuesto de ausencia de relación ente medios y fines, sino, que además es evidente que se utiliza el medio con un fin totalmente distinto al fin, que la Constitución estableció y previó. Es principio será desarrollado, más adelante.

#### 4.5.4.2.2. Principio de Proporcionalidad y Equidad

Otro principio que es relevante para el control jurídico y para el propio control político de los decretos de urgencia son el principio de proporcionalidad y el principio de equidad.

En efecto, una vez que hemos evaluado y comprobado la existencia de la razonabilidad entre medios y fines, debemos verificar la existencia de "cierta **proporcionalidad** del medio con el fin" perseguido. Como señala Pérez Hualde<sup>782</sup>, estamos ante lo que la doctrina española ha denominado como "conexión de sentido" y que la Constitución Colombiana exige al imponer la necesidad de que los decretos "deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos"<sup>783</sup>. Este principio nos indica entonces, que las medidas que el gobierno tome a través de los decretos de urgencia deben ser las requeridas para conjurar los peligros que dicha situación de necesidad y urgencia le representan a la sociedad y al Estado. Acá la discusión no está ya si estamos o no ante una situación extraordinaria y urgente, sino partiendo de la premisa que existe el supuesto habilitante, debe existir como respuesta congruente y adecuada. En ese sentido, debe existir una correspondencia entre las medidas tomadas y la magnitud y las características del fenómeno al que se quiere hacer frente. En este caso podemos encontrarnos con que una medida del gobierno tomada ante una situación fáctica e inesperada, guarda razonabilidad, sin embargo, es insuficiente, o es desproporcionada para enfrentar el problema. No podemos negar que guarda relación estrecha con lo que se conoce como la "irrazonabilidad por la elección del medio".

Le subyace al principio de proporcionalidad, la necesidad de preservar un necesario equilibrio y correlato de **equidad** entre la medida adoptada mediante el Decreto de urgencia y las condiciones y los hechos que motivaron la expedición de esta medida. La idea aquí es evitar los excesos y abusos en que el Estado podría incurrir, como consecuencia de la utilización de esta institución normativa, para fines

---

782.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 274.

783.- Ibidem, pág. 274.

distintos a los que la Constitución señala. Tenemos por ejemplo, la exoneración de licitación pública. La conclusión en consecuencia no será otra, habrá revocación o no habrá convalidación del decreto de urgencia, cuando "exista una manifiesta y absoluta falta de conexión entre el supuesto habilitante y las medidas adoptadas"<sup>784</sup>.

#### 4.5.4.4.3. El control de los elementos reglados: En especial el control del fin y la desviación del poder

Este principio según García Enterría de origen francés, señala que "si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adoptan en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado. Los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, por lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad"<sup>785</sup>. Este principio no es otro que el principio de irrazonabilidad por desviación de poder del cual antes hacíamos mención. García de Enterría añade más adelante que, "para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa (...) sino que basta que dicho fin, aunque público sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad".<sup>786</sup>

Este principio es sumamente útil, porque ayuda a mostrar con mayor claridad conceptual como en no pocos casos los decretos de urgencia, son utilizados con fines distintos a los previstos en la Constitución. En efecto, se recurre a los decretos de urgencia, porque se es consciente que dichas iniciativas si son tramitadas a través de otros canales normativos, no serían aprobados, siendo en su lugar, rechazadas por el Congreso, pudiendo ocasionarles muchas críticas de la opinión pública. En otros casos, son utilizados con el único fin de exonerar de licitación pública. En el caso de los decretos de urgencia, la finalidad no puede ser otra que enfrentar una situación de necesidad y urgencia. Ciertamente si la situación de necesidad y urgencia (cuando en verdad se verifica la existencia del supuesto de hecho habilitante) pervive con toda sus efectos y la amenaza a la economía y al sistema político, se comprobará la existencia de una situación de desviación de poder. Sin embargo puede suceder que haya situaciones donde ante un supuesto de necesidad y urgencia se adopte a través de un decreto de urgencia una medida que en un determinado momento puede aparecer como apropiadas, pero que después, no logre conjurar una situación de urgencia y emergencia, no obstante que se tomen medidas responsables y serias. En estos casos, estaremos ante supuestos de necesidad y urgencia.

---

784.- Pablo Santolaya, op.cit., pág. 134.

785.- Eduardo García Enterría, op.cit., pág. 442.

786.- Ibidem.



Otro aspecto importante señalado por García de Enterría es su estricta legalidad. Es decir, "el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica, es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante, y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales"<sup>787</sup>. Sobre este punto la jurisprudencia española es muy rica.

*"(...)la teoría de la desviación del poder, se basa en que la ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio, y, en consecuencia, el acto de la administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivo el nacimiento de la norma positiva; que la desviación del poder supone que el acto administrativo, aún cuando pueda estar revestido de legalidad extrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos que obliga a la Administración a proceder en moralidad y no de un modo arbitrario con finalidad distinta de la determinada por el ordenamiento jurídico (...)788".*

Revisando la práctica constitucional inmediata en nuestro país, encontramos casos sugerentes. Así, en aquellos supuestos o casos, donde se pudo haber expedido una resolución suprema o un decreto supremo en vez de un decreto de urgencia, podemos estar quizá ante casos de auténtica desviación de poder.

Tenemos el caso de los decretos de urgencia que se utilizan para exonerar y de esa manera eximirse de la obligación constitucional de realizar licitación pública determinados transacciones y operaciones económicas. Exoneración que no se podría realizar a través de una norma que no tenga rango de ley. Tenemos por ejemplo los decretos de urgencia N° 057-95, autorizando al Ministerio de Economía y Finanzas a adquirir directamente bienes de equipamiento policial para el Ministerio del Interior. En este último caso vemos como se usa el Decreto de Urgencia no sólo para exonerar

---

787.- *Ibidem*, pág. 443.

788.- Sentencia del 7 de octubre de 1971, citado por Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 444.

de licitación pública sino para suplir las negligencias e irregularidades en las compras anteriores. Estamos aquí ante una situación como es el equipamiento de camionetas y demás vehículos policiales, razonablemente previsible. No hay que ser un técnico ni un especialista para advertir que todo vehículo recientemente adquirido para el servicio policial, necesita contar con el equipamiento necesario. Era, en consecuencia, responsabilidad del propio Ministerio del Interior, realizar los estudios y las gestiones con la debida anticipación, a efectos de equipar las unidades policiales adquiridas por el gobierno, sin que se afecte el cumplimiento de sus obligaciones. Igual argumento podríamos dar para el caso del D.U. N° 063-95. Autorizando al Ministerio de Economía y Finanzas a adquirir directamente vehículos para el Ministerio de la Presidencia y el Poder Judicial.

#### 4.5.4.4.4. El control de los hechos determinantes

Este principio tiene relación con el principio de irrazonabilidad por falta de fundamento, cuando no hay causa constitucional. Este principio se aplica en relación al supuesto habilitante, a la verificación de la real y efectiva ocurrencia del hecho fáctico: la situación extraordinaria y urgente.

Para García de Enterría, "toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad y como tal hecho (...) ocurre que la realidad es siempre una y sola una, no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra"<sup>789</sup>. Como agrega este autor con lucidez, "La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así"<sup>790</sup>.

Una idea similar es también sostenida por De Otto, quien señala que la interpretación de la extraordinaria y urgente necesidad sea obligatoriamente amplia, no excluye el requisito de que efectivamente ocurra, esto es, que haya realmente necesidad y que sea extraordinaria, en el sentido de imprevisible, y urgente, en el de no encontrara remedio por los cauces ordinarios<sup>791</sup>.

Aún cuando García de Enterría, al momento de formular esta teoría, está pensando en hechos como la existencia de una vacante o el aparcamiento en lugar

---

789.- *Ibidem*, pág. 445.

790.- *Ibidem*, pág. 445.

791.- De Otto, *op.cit.*, pág. 198.

prohibido, no deja de ser aplicable al caso concreto, este principio, pues nos llama la atención, de que no todo es discrecional, que existe un nivel de hechos con un nivel de objetividad, que no puede ser libremente valorado, desde la perspectiva de un control jurídico. Este es el caso de lo que antes llamábamos irrazonabilidad por falta de fundamento.

La verificación de la efectiva ocurrencia del hecho en cuestión es quizás uno de los momentos más difíciles y más importantes, no obstante ello, muchas veces se presume la existencia del supuesto habilitante de necesidad y urgencia, situación que se evidencia cuando el gobierno en nuestro país no se toma el trabajo de explicar en la exposición de motivos y la existencia y concurrencia de los diferentes requisitos exigidos por la Constitución para la expedición de los Decretos de Urgencia. Si a esta situación se le agrega la imprecisión y la falta de claridad (y hasta contradicción e incongruencias entre la Constitución Política y Reglamento del Congreso), la verificación de la efectiva ocurrencia del supuesto habilitante se torna sumamente difícil y complicado, de ahí la importancia de valorar principios como estos y recogerlos legislativamente.

#### 4.5.4.4.5. Los Principios Generales del Derecho

La Administración no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simple e incontestablemente razón no puede pretender apartarse en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate<sup>792</sup>.

En efecto, la Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar, no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculado a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos<sup>793</sup>. Este principio ha sido recogido por ejemplo en nuestro Código Civil Peruano, en el artículo "Artículo VIII del Título Preliminar que a la letra dice:

*"Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben*

---

<sup>792</sup>.- Sentencia del 7 de octubre de 1971, citado por Eduardo García de Enterría, op. cit., pág. 449.

<sup>793</sup>.- Ibidem, pág. 449.

*aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.*

Este artículo es vinculante, y es aplicable en virtud del art. IX. del mismo Título Preliminar que establece que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

Los principios generales del Derecho proporcionan, otros tantos criterios que habrán de ser tendidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. Como establece García de Enterría, “los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el “substratum” del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones”<sup>794</sup>.

El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez o el Parlamento sustituyan el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si fuese así, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial y/o parlamento) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general<sup>795</sup>.

Destacan entre el conjunto de principios generales del derecho, los principios constitucionales. No vamos a desarrollar el tema, sólo queremos aquí recoger una sistematización que nos parece interesante. Tenemos así, los principios constitucionales del valor constitucional de la vida humana, de la Libertad, de la igualdad, del principio o valor constitucional de la dignidad humana, de la primacía de la persona humana, de la justicia, del bien común, de la solidaridad, del orden, de la paz, el principio de ideología democrática, de soberanía popular, de resistencia de la opresión, del principio de Estado Social y Democrático de Derecho, del principio constitucional de fundamentalidad de la Constitución, del principio de la forma de gobierno, de la forma del Estado, de la distribución, el principio de limitación, de la

---

794.- *Ibíd.*

795.- *Ibíd.*, pág. 449.



supremacía constitucional, del control constitucional, de la razonabilidad, de estabilidad, de funcionabilidad, de eficiencia<sup>796</sup>.

El control jurídico o control de la constitucionalidad, "No implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del Poder Público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible que reconozca el ordenamiento jurídico que proclama tales valores"<sup>797</sup>.

Finalmente, no hay que olvidar dos cosas. Primero que estos principios en la realidad, nunca se dan en forma aislada, sino todo lo contrario interactúan y se complementan condicionan, tornándose muchas veces, sumamente complejo y difícil su diferenciación y aislamiento fuera del caso concreto. Así mismo, estos principios en la realidad nunca se dan tan claros como en su conceptualización (y, aún así). Finalmente, es preciso insistir una vez más, en la necesidad que los decretos de necesidad contengan en su parte considerativa una explicación sólida y consistente acerca de las razones que llevaron al gobierno a recurrir a los decretos de urgencia y tomar determinadas medidas. Sin esta exposición de motivos, se hace casi imposible conocer las razones que llevaron al Gobierno a expedir determinados decretos de urgencia.

#### 4.5.4.5. Los "Valores Superiores" como criterio de evaluación de los decretos de urgencia

En aquellos ordenamientos jurídicos donde los valores superiores están positivizados o han sido desarrollados por la jurisprudencia, los valores supremos pueden constituir interesantes y valiosos instrumentos para realizar el control parlamentario de los decretos de urgencia, tanto para el control político como para el control jurídico (complementando tanto a los normas como a los principios jurídicos).

Tratando de simplificar la discusión doctrinaria, diremos que, a diferencia de los principios que constituyen una suerte de informadores del ordenamiento jurídico, el valores constituyen esos ideales que un Estado persigue, en ese sentido tienen un valor más teleológicos.

---

796.- Mijail Mendoza Escalante, Resumen de los principios constitucionales, en: *Lecturas sobre Teoría Constitucional y Derecho Constitucional Peruano*. Materiales de Enseñanza, Tomo I, Universidad Nacional de San Agustín UNAS, Arequipa, 1993, págs. 110 y ss.

797.- *Ibidem*, pág. 451.

Es el caso por ejemplo, de la Constitución Española, que recoge en su artículo 1.1 los valores supremos, a diferencia de nuestra Carta Política.

*Constitución Española*

*"Artículo 1º.-*

*1.- España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".*

La función de los valores no pueden entenderse si no se interpreta la misión de propugnar que señala el art. 1.1 en concordancia con el artículo 9.2 de la misma Constitución Española:

*"Artículo 79o.*

*2.- Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".*

La relación que existe entre el principio de oportunidad y los valores superiores estará relacionada con la función de legitimidad de estos últimos. El principio de oportunidad esta vinculado con la evaluación de lo más oportuno y conveniente en un situación determinada para el país, y este discernimiento que realiza la representación nacional no debe estar ajena a aquellos valores que el ordenamiento persigue. Es más, lo conveniente debe ser evaluado por el Congreso en relación a los valores superiores que el ordenamiento pregona. De alguna manera, seguir y recoger estos valores, permite al Congreso cumplir con una de sus misiones, cual es la construcción de la legitimidad, no sólo porque el Parlamento en sí mismo legitima actos y decisiones por su naturaleza representativa, sino porque la apelación y la invocación de los valores superiores en si mismo, otorga legitimidad. Como señala Peces-Barba, los valores superiores contribuyen a la función de legitimidad, llevando a los ciudadanos el convencimiento de que la obediencia al Derecho tiene buenas razones para producirse, puesto que ese ordenamiento va a realizarlos como objetivos máximos<sup>798</sup>.

No debemos de olvidar que, el Poder Legislativo, representante y titular de la soberanía del Pueblo, cuando produce las leyes, principal forma de producción

---

798.- Gregorio Peces-Barba, Los Valores Superiores, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 74.

normativa general, no hace otra cosa que desarrollar los valores superiores<sup>799</sup>. En ese sentido, cuando realiza el control parlamentario, ejerce una función legislativa, en la definición de los contenidos de las normas que ratifica o deroga.

Es también importante lo señalado por Pérez Luño en relación a la forma opera los valores superiores. Este autor nos habla que los valores tendrán una triple dimensión, **fundamentadora**, **orientadora** y **crítica**<sup>800</sup>. Desde la perspectiva fundamentadora, en sentido estático, los valores superiores constituyen un "núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico"; desde la orientadora en sentido dinámico, conducen el ordenamiento "hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persigue fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional" y por fin, desde la crítica, son "**criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas(...)**"<sup>801</sup>. Es quizás, en esta última dimensión, donde se puede apreciar con mayor claridad la importancia de los valores superiores en el proceso de control parlamentario de los decretos de urgencia.

En esa misma línea entonces, los valores constituirían aquellos "criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines" <sup>802</sup>. De ahí que los valores constitucionales supongan el sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva. Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural"<sup>803</sup>.

Ciertamente en aquellos ordenamientos jurídicos donde estos estén positivizados, "ninguna norma subordinada -y todas lo son para la Constitución—podrá desconocer ese cuadro de valores básicos, y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a esos valores (...)"<sup>804</sup>.

---

799.- Gregorio Peces-Barba, op. cit. , pág. 81. Dicho autor señala "que y sólo en determinados supuestos el Tribunal Constitucional puede rectificar la interpretación de que los valores da al Poder Legislativo, a través del recurso de inconstitucionalidad, de amparo, sin perjuicio del papel que le corresponde al juez, habilitado para ello por una ley, para completar el ordenamiento jurídico".

800.- Pérez-Luño, Citado por Peces-Barba, op. cit., pág. 82.

801.- *Ibíd.*

802.- Pufendorf. Citado por Peces-Barba, op. cit., pág. 82.

803.- *Ibíd.*

804.- Citado por Peces-Barba, op. cit., pág. 82.

En el caso de nuestro país, nuestra Constitución no ha recogido valores como lo ha hecho la Española, razón por la cual, es sumamente difícil, la invocación a valores superiores.

#### 4.5.4.6. Evaluación del principio de Oportunidad y Conveniencia dentro del control político de los decretos de urgencia

¿Porqué el Congreso debate y vota una ley?, ¿porque es constitucional?, ¿porque responde a un criterio de legalidad?. La constitucionalidad de la ley es una condición para la expedición de leyes, y de toda conducta de la legalidad, pero no una finalidad. El Congreso vota una ley en última instancia, no porque sea constitucional, sino por que a su juicio, es necesaria para el país.

Aún cuando este punto ya lo hemos tratado, y, no queda duda que el principio de oportunidad constituye parámetro del control político, algún sector no minoritario de la doctrina se ha preguntado acerca de si, en el marco del control de la constitucionalidad y de la legalidad, la recurrencia al juicio de razonabilidad y de proporcionalidad no acarrea indefectiblemente un juicio de oportunidad.

Aún cuando a primera vista se podría señalar que esto no constituye materia del presente trabajo (el control realizado por el Tribunal Constitucional), sin embargo, la intención de trabajar estos temas tiene la finalidad de evidenciar como no existe un control de constitucionalidad "puro", pues a pesar que, se dice que el Tribunal Constitucional hace el control de la constitucionalidad, estimamos que no puede evitar realizar el control de oportunidad, sobre cuando tiene que medir si hay relación entre el la situación extraordinaria y urgente y la medida adoptada, cuando tiene que evaluar si habría otras posibilidades. Aplicado al tema que nos interesa, podemos decir que aún cuando aceptamos que el control parlamentario es un control de constitucionalidad exclusivamente, este utiliza el principio de oportunidad para realizar su control.

En efecto, algunos sectores, como por ejemplo la propia jurisprudencia argentina han sostenido que: "*compete al Tribunal, en punto a los actos dictados en esas materias, decidir, en casos judiciales, acerca de su legalidad, especialmente en cuanto concierne a su confrontación con la Constitución Nacional. Pero no de su acierto, oportunidad o conveniencia*"<sup>805</sup>. Sin embargo, comentando esta misma sentencia el profesor Sagües señala que "En (en el caso) Peralta, hay un punto muy positivo y muy contradictorio a la vez. Por un lado sostienen que no le corresponden evaluar al Poder Judicial, de la oportunidad, conveniencia y el acierto de la eficacia de la medida adoptada en virtud del estado de necesidad, añadiendo que no le toca

---

805.- Caso "Peralta", E.D. 141-519, considerando 36, último párrafo. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 275.



expedirse acerca de cual debió ser el remedio para enfrentar el caso, pero a continuación añade que si le cabe "constatar su necesidad y razonabilidad" así por ejemplo en un caso particular conocido por la magistratura argentina, y luego de largas consideraciones, se expide sobre la situación inflacionaria que rodeó al decreto 36/90, la correspondencia entre medios adoptados (...) y la finalidad perseguida, la posible debacle que se habría producido de haber retornado al mercado los australes absorbidos por el Estado, etc."806.

La doctrina española, y más precisamente Javier Salas ha señalado que el criterio del uso abusivo y arbitrario de los decretos leyes que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha sentado, puede significar e implicar un control más político que constitucional. Según este autor, "dejar, de hecho en manos del Gobierno la apreciación discrecional de la concurrencia de dicho presupuesto, reservando, exclusivamente, y en último extremo, el control de esa apreciación al Tribunal Constitucional cuando sea claramente "abusiva o arbitraria", supone en la práctica, afirmar que tal requisito entra al ámbito de los estrictamente político, de oportunidad y, en consecuencia, en la esfera cuya fiscalización le está vedada al Tribunal Constitucional"807. Lo arbitrario y abusivo no son conceptos estrictamente jurídicos, en todo caso, su contenido no está delimitado jurídicamente. Estimamos que no le falta razón, pues estos criterios nos sacan del terreno del derecho, y permiten la introducción de otro tipo de criterios extra o metajurídicos. En todo caso, este tipo de afirmación, **nos demuestra un vez más, la imposibilidad de hacer separaciones y clasificaciones rígidas y maníqueas, pues así como en el control político en base al principio de oportunidad utiliza criterios, "razones" y "argumentos" constitucionales, en el control constitucional y jurídico, también se utilizan razonamientos no muy lejanos y distantes de criterios de oportunidad y de conveniencia.**

Bidart Campos, comentando esta sentencia concluye que "el Tribunal ha demostrado que, en alguna forma, su control judicial de constitucionalidad computó como un elemento útil la conveniencia y el acierto de la medida para valorar que la afectación de la propiedad individual podía ser admitida dentro del marco de la emergencia"808. Esta idea es recogida por otro autor argentino, el profesor Linares Quintana. Para este autor, no es posible "formar juicio acerca de la proporcionalidad

---

806.- Néstor Pedro Sagües. "Decretos de Necesidad y Urgencia: estado actual del problema. A propósito del decreto 2284/91, de su desregulación económica y su complementario 22424/912". Revista Jurídica Argentina: La Ley, Buenos Aires, Tomo 1992-B (1992).

807.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 275.

808.- Bidart Campos citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 276.

de los medios...con los fines, sin juzgar acerca de la conveniencia o eficacia económica-social de esos medios"809.

Esta situación se aprecia de una manera más clara en el art. 99° de la Constitución Argentina cuando señala que "*Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieron imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes...*". Aquí indefectiblemente, el órgano jurisdiccional deberá utilizar en forma restringida el criterio de oportunidad, al ver si realmente se han agotado los mecanismos ordinarios para atender la situación pretendidamente de necesidad y urgencia. La evaluación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada por el gobierno a través de los decretos de urgencia, **exige evaluar si había otras medidas, más idóneas, supone evaluar las circunstancias, y la conveniencia de una medida con respecto a otras.** Habrá situaciones donde será visible este análisis de la oportunidad de unas medidas con respecto a otras. Sin embargo, como nos encontramos ante un órgano como es el Congreso, tan político como el Gobierno, la utilización del criterio de oportunidad no será un problema. Situación muy distinta ocurriría si estuviéramos hablando del Tribunal Constitucional o de un órgano jurisdiccional, caso donde si existen dudas y temores acerca de la conveniencia de recurrir a este tipo de parámetros.

Por nuestra parte coincidimos con Pérez Hualde<sup>810</sup>, cuando señala que los jueces deben dirigir su análisis a la legalidad de la medida. Entendiendo por control de la legalidad el que analizará si existió o no la causal de justificación, la ausencia de otros medios posibles, el estado de necesidad; asimismo en su caso, se debe controlar la proporcionalidad y sentido de adecuación de la medida con la causal de justificación aducida y con el caso concreto. Con esos fines, tal como señala Pérez Hualde, necesariamente, el juez deberá evaluar también las condiciones de oportunidad y conveniencia de los medios empleados, sin que esto signifique juzgar sobre ellos<sup>811</sup>. Es decir, si era necesario o si había otra oportunidad.

Sin embargo, esto puede generar excesos y obstaculizar al gobierno en el ejercicio de su función de gobernar y de aplicación de su plan de gobierno. El mismo Pérez Hualde cita a la Corte argentina en el caso "Russo", en el sentido de que el exceso en el control jurídico realizado por puede causar impotencia estatal<sup>812</sup>. La pregunta ineludible es entonces, ¿Cuál es el límite?, Cómo discernir la frontera, hasta

---

809.- Linares, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina, 2° ed. 1° reimpr. Astrea, Buenos Aires, 1989. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 276.

810.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 277.

811.- *Ibíd.*, pág. 277.

812.- Fallos 243-479. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 277

dónde puede ir no sólo el Poder Judicial y el control de la constitucionalidad sino incluso el Congreso. La amenaza de parálisis y posible neutralización de la acción del gobierno en atención a la finalidad para la que fue elegido por el pueblo nos exige encontrar una salida. Y consideramos que un buen criterio puede ser el de la inevitabilidad. Como señala Pérez Hualde, "difícilmente puede el juez entrar en el *análisis de la inevitabilidad*, del grado de lesión, del exceso, si no analiza también lo relativo a la existencia o no de otros medios, y, si los hay, cuántos más dañosos al sistema eran o no, etc."<sup>813</sup>. Pero claro, como el mencionado autor agrega, "únicamente con el fin de evaluar los puntos señalados como componentes necesarios del estado de necesidad, en su conceptualización jurídico política"<sup>814</sup>.

La referencia al control jurídico o de la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia, es sólo con el objeto, que incluso aún cuando asumamos un caso hipotético que al Parlamento realice exclusivamente un control de la constitucionalidad, es ineludible en algunos casos evitar realizar cierto control de oportunidad. No es posible evitar ni soslayar el principio de oportunidad. Ambos parámetros interactúan y se condicionan. El hecho que el Congreso tenga dificultades para ejercer jurisdicción sobre la Constitución en materia de los decretos de urgencia, no significa que la Carta Política no sea un referente importante en la vida del Parlamento, especialmente al momento de tomar decisiones. La Constitución como decíamos nos brinda el marco, los topes y los límites dentro de los cuales debe expresarse la voluntad general la voluntad del soberano, a su vez la Constitución y las leyes si bien son expresión de la voluntad del soberano --expresada siempre por sus representantes-- tienen límites a la hora de expresar las demandas y la voluntad del electorado, pues constituyen la voluntad del soberano en un determinado momento político e histórico, que no va durar eternamente. Hay nuevas ideas, hay ideas que se vuelven insuficientes para explicar nuevos problemas, etc.

#### **4.5.5.FINALIDAD DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA**

Si admitimos que el control parlamentario de los decretos de urgencia constituye la actividad encaminada a la comprobación de si la actividad del Poder Ejecutivo se adecua al parámetros establecido por el Parlamento, y si convenimos en que la voluntad del Parlamento, es decir, de la representación nacional de una u otra manera, debería de recoger la voluntad de la colectividad nacional; la finalidad del control parlamentario no podrá ser otra que asegurar que el contenido de las normas expedidas a través de los decretos de urgencia no sólo no contradigan, sino encarnen

---

813.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 278.

814.- *Ibíd.*, pág. 278.

las aspiraciones de la representación nacional cuya voluntad no debería ser distinta de la del titular de la soberanía, del pueblo.

#### 4.5.6. PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE LOS DECRETOS DE URGENCIA

A continuación intentaremos analizar el procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia en la legislación comparada. La importancia de definir los distintos procedimientos de control parlamentario, no sólo está en la necesidad de evitar los excesos y abusos de parte del gobierno, aspectos de por sí fundamental, sino, porque en dichos procedimientos de control se juega también la eficacia de las medidas extraordinarias<sup>815</sup>.

A manera introductoria es preciso señalar la necesidad de establecer una suerte principio de "igualdad de trato" con el Congreso igual como el ordenamiento ha tenido con el Poder Ejecutivo al momento de expedir los decretos de urgencia. Esto es, en relación con la "informalidad" en la observación del procedimiento de control, por parte del Poder Ejecutivo, en relación con la severidad y rigurosidad del procedimiento que se le exige al Parlamento. Según Pérez Hualde, "no condice con la situación de crisis política imponer, por un lado un criterio informal para analizar la conducta del Ejecutivo, permitiéndole ejercer facultades legislativas, y por otro, un criterio extremadamente formal para con el Legislativo, imponiéndole las reglamentaciones acerca de la convocatoria, que son de un rango institucional abismalmente inferior"<sup>816</sup>.

Por otra parte, existe un punto que recorrerá los distintos temas del procedimiento del control parlamentario de los decretos de urgencia, que es la existencia de una suerte de **doble vía**<sup>817</sup> o doble procedimiento, que el ordenamiento jurídico presenta en nuestra opinión para realizar el control parlamentario de los Decretos de Urgencia, que se aprecian de una manera más nítida en los incisos 2 y 3 del art. 86 de la Constitución Española. Esto es el procedimiento específico de convalidación de los decretos de urgencia, que por lo general los Reglamentos Parlamentarios establecen y otro procedimiento es, a través de la facultad de todo Congreso de aprobar, derogar y modificar leyes. Lo importante será tener claro estas dos modalidades, a la hora de abordar las distintos etapas del procedimiento de control parlamentario, pues nos permitirá entender el esqueleto a partir de los cuales se irá construyendo las estructuras de control parlamentario. Sólo por ahora adelantaremos, que el control parlamentario realizado a través de la tramitación de

---

815.- Y cuando decimos eficacia, estamos pensando por ejemplo en los efectos de los decretos de urgencia cuando aquellos quedan derogados, son nulos desde su expedición o desde su no-ratificación. O en el caso que sale una ley que los deroga.

816.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 217.

817.- Esta frase nosotros la tomamos del Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 199.



una ley ordinaria, permite ejercer a plenitud el control de los decretos de urgencia, en nuestra opinión, con el sólo problema de la observación por parte del Presidente de la República.

Sagües nos habla de hasta tres alternativas para realizar el control parlamentario de los decretos de urgencia, o como él lo llama para hacer referencia a la "perdurabilidad de los decretos de necesidad y urgencia"<sup>818</sup>. Tenemos primero: a) el sistema de la perdurabilidad pura y simple, luego tenemos b) el sistema de la necesidad de conversión legal expresa, y finalmente, c) el sistema del acuerdo tácito<sup>819</sup>. Los dos últimos sistemas de alguna manera lo desarrollaremos en su momento en el presente trabajo. En esta parte sólo diremos algo con relación al primero.

Conforme al sistema de perdurabilidad pura y simple, los decretos leyes que tratemos no exigen convalidación legislativa, ni tienen límite especial a su vigencia. Como señala Sagües, conservan vigor hasta su modificación o derogación por el Parlamento. Tal régimen deriva por ejemplo de las Constituciones reformadas en Polonia en 1926 y en Lituania en 1928<sup>820</sup>. Desde nuestro punto de vista, Sagües no es tan preciso, pues el control parlamentario también se puede ejercer a través de la facultad legislativa del Congreso. Esto es la facultad de aprobar, modificar y derogar las leyes, facultad general contenida en toda Constitución.

Hemos dividido el procedimiento en diferentes partes, y queremos hacerlo señalando los diversos matices que este adquiere en la legislación comparada.

#### **4.5.6.1. La remisión del decreto de urgencia**

En este punto nos interesa analizar la inmediatez del control parlamentario, el tema del plazo tanto para la vigencia del decreto de urgencia, como para la realización del acto convalidatorio, si son días hábiles o naturales, si se cuentan desde la promulgación o desde la publicación, o qué ocurre si es que el Gobierno no remite los decretos de urgencia.

Existe relativo consenso entre los diversos autores, cuando afirman como requisito para la expedición de los decretos de urgencia, que el Poder Ejecutivo debe manifestar su intención de someter la medida a la ratificación del Congreso, y que este sometimiento debe efectuarse de inmediato, si el Congreso estuviere en

---

818.-Sagües, Néstor Pedro. Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino, En: Torres y Torres Lara, Carlos, Los decretos de urgencia, Studium, Lima, 1991, págs. 270-271.

819.- Ibídem.

820.- Ibídem.

funcionamiento, o en el próximo período legislativo ordinario, si al dictarse la medida estuviere en receso.

La remisión del decreto de necesidad y urgencia del Ejecutivo al Congreso, puede tener numerosas formalidades, requisitos y finalidades, de acuerdo a las diferentes legislaciones nacionales. Así por ejemplo, la Constitución Española en su artículo 86.2 señala con toda claridad que, los decretos leyes "deberán ser **inmediatamente** sometidos a debate y votación". La doctrina española ha puesto énfasis en este punto, debido a la experiencia anterior a la Constitución de 1978; por ello un autor de nombre Martín Mateo ha dicho que "es necesario que el Congreso de los Diputados ratifique el decreto ley, frente a la práctica anterior en que bastaba con una simple noticia de hechos consumados a las Cortes"<sup>821</sup>.

La Constitución Italiana en el artículo 77 señala en esa misma perspectiva, que se presenta la norma "el mismo día para su convalidación a las Cámaras". La doctrina italiana, que al tratar el tema de los decretos de urgencia denomina a las cámaras como "sede di conversione", pone de manifiesto que "el examen de extraordinariedad de la contingencia deberá cumplirse con la mayor severidad"<sup>822</sup>. La Constitución Brasileña por su parte, siguiendo el modelo del Carta Política Italiana, ordena en el art. 62º, que las medidas provisionales sean sometidas "de inmediato al Congreso Nacional". Si no lo hace antes de treinta días, ésta desaparece según el art. 151 del Reglamento de la Cámara de Diputados de España.

En sentido análogo, la Constitución de Indonesia de 1945 señaló que los decretos de referencia "deberán ser ratificados por el Poder Legislativo durante el período de sesión siguiente. Si no obtienen la ratificación, tales decretos serán revocados". El art. 28 de la Constitución de Islandia establece a su vez que "si el Parlamento no aprueba una ley provisional, esta queda anulada".

La Constitución Argentina por su parte, en el artículo 99, inciso 3 establece que el Ministro Jefe de Gabinete personalmente y dentro de los diez días más someterá la medida a consideración de la comisión Bicameral Permanente. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán ambas cámaras.

Se advierte un elemento común que atraviesa todas estas legislaciones. Este lo constituye la inmediatez de este control, y considero que la razón es que estamos frente a normas que están ya surtiendo efectos y regulando relaciones jurídicas concretas, motivo por el cual no debe demorarse el control de los decretos de urgencia, más allá de lo necesario.

---

821.- Ramón Martín Mateo, Manual de Derecho Administrativo, citado Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 220.

822.- Mortati Constantino, Istituzioni di Diritto Pubblico, citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 218.

En efecto, podemos concluir que, aún cuando los plazos varíen existe una mismo espíritu y una misma idea entre los constituyentes, y es que el Congreso realice el Control parlamentario en forma lo más inmediata que sea posible. La importancia de esta comunicación por lo general va aparejada en las diferentes carta políticas con una sanción de nulidad del decreto de urgencia expedidos por el gobierno.

Puede también existir diferencias en torno a si son días hábiles o días naturales para que el Parlamento se pronuncie. A pesar de que la urgencia del procedimiento haría aconsejable que se entendiese como días naturales<sup>823</sup>, sin embargo, la solución a la que llega el Reglamento del Congreso Español es distinta. El art. 90.1 de esta norma señala que "salvo disposición a contrario los plazos señalados por días en el reglamento se computarán por días hábiles". Nosotros somos de la idea, de darle todas las facilidades al Congreso para realizar el control, y en ese sentido, así como se fue informal con el Gobierno a la hora de dictar el decreto de urgencia, ser también flexibles en favor del Congreso a la hora de interpretar estas normas, máxime cuando todos sabemos la carga de trabajo que estos tienen y acumulan. Obviamente, claro está cuando el Reglamento del Congreso no haya especificado de que tipos de días se trata.

Una vez definido el problema de los días, enfrentamos el problema de determinar si el plazo que por lo general se establece para que el Congreso realice el control parlamentario, treinta días, sesenta o más, hay que entenderlo referido hasta la adopción del acuerdo por el Congreso o a su publicación en el diario oficial. No siempre estas fechas van a coincidir, y en el tiempo intermedio pueden seguir surgiendo relaciones jurídicas en el marco del decreto de urgencia materia del control parlamentario. El profesor Salas comentado el art. 86.2 de la Constitución Española señala que, "los efectos jurídicos de las normas se producen no por la adopción del acto, sino por su publicación en el B.O.E., y, por tanto, éste es el requisito necesario si se quiere mantener la vigencia de los Decretos Leyes"<sup>824</sup>.

*"Artículo 86º.-*

*2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario".*

---

823.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 205.

824.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 205.

No obstante ello, en el caso español que es al que hemos podido seguir con más detenimiento, "la práctica parlamentaria primero y el Reglamento del Congreso después se han pronunciado de forma terminante por referir el plazo simplemente a la adopción del acto parlamentario, y ello basándose en la propia literalidad del artículo 86.2: El Congreso habrá de pronunciarse expresamente en dicho plazo"<sup>825</sup>.

Efectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha zanjado el problema para el caso español, cuando en una de sus sentencias precisa que "carece de todo significado, el hecho que el acuerdo convalidatorio, adoptado por el Congreso en el plazo fijado por el artículo 86.2 de la Constitución no se publicase hasta la fecha muy posterior, pues...este hecho no demuestra en modo alguno un juicio o actitud positiva contraria a la apreciación de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que motivaron la adopción del decreto ley, ni puede privar a este de su eficacia normativa desde el momento en que se aplicó"<sup>826</sup>.

Sin embargo, la cosa no resulta fácil pues todos sabemos que por el principio de publicidad, una norma o un acto con efectos normativos no genera efectos mientras no se publique la norma. De otro lado, la demora puede deberse a causas ajenas a la voluntad del Congreso, y por ello consideramos que se puede demorar los efectos de la convalidación o derogación del decreto de urgencia.

#### 4.5.6.1.1. No remisión del Decreto de Urgencia

En este punto no nos estamos refiriendo a lo que Sagües denomina sistema de perdurabilidad pura y simple, sino que existiendo la obligación jurídica de dar cuenta al Congreso no se hace.

Hasta que punto constituye una obligación fundamental la obligación de remitir el decreto de urgencia al Congreso, si muchas veces, el conocimiento de dicha norma se realiza en forma más rápida a través del diario o del boletín oficial, antes que a través de los propios órganos parlamentarios encargados de transmitir la comunicación del Poder Ejecutivo a cada uno de los congresistas. En efecto, no es nada extraño que dichos órganos, por su burocracia o simplemente por su sobrecarga de trabajo, demoran la entrega a los congresistas o las Comisiones encargadas de evacuar los dictámenes del caso y cuando lo hacen, esto ya se enteraron del decreto de urgencia por el diario oficial. En estos casos habrá que preguntarse, si tiene sentido esta exigencia. Esta crítica se hace más evidente, cuando se contabiliza el plazo del control parlamentario no desde que fue comunicado por el Poder Ejecutivo sino desde que este fue promulgado.

---

825.- *Ibíd.*

826.-S.T.C., 29/1986, del 20 de febrero. Citado por Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 205-206.



No obstante ello, en forma unánime, la doctrina considera de especial importancia para los intereses del Congreso dejar sentado la consecuencia de la falta de envío inmediato del decreto de urgencia al Congreso: **su nulidad**. Si embargo, como sostiene Pérez Hualde, la cosa es más compleja, si tenemos en cuenta que dentro del marco de la norma revocada, han surgido innumerables relaciones jurídicas, cuya derogación podría causar inseguridad jurídica en el ordenamiento jurídico<sup>827</sup>. Es importante revisar entonces, sobre las consecuencias de la no-remisión de los decretos de urgencia al Congreso, y los efectos de la pérdida de vigencia de dichas normas, sobre todo si estamos ante la pérdida de efectos desde su promulgación y publicación por el Ejecutivo (*ex tunc*) o, desde que fue anulada o derogada sea por el silencio del Congreso, sea por derogación explícita (*ex nunc*), problemática que abordaremos más adelante.

La Constitución Española señala en el artículo 86.2, que "los decretos leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación... al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación". Este mismo plazo es reiterado en el numeral 1 del art. 151 del Reglamento de la Cámara de Diputados se señala que "El debate y votación sobre la convalidación o derogación de un Real Decreto Ley se realizará en el Pleno de la Cámara de la Diputación Permanente, antes de transcurrir los treinta días siguientes a su promulgación...". Esto significa que si a los treinta días no se debate y vota, automáticamente el decreto ley pierde vigencia, retomando vigencia las leyes que fueron suspendidas por el decreto ley.

El artículo 77 de la Constitución Italiana es más radical, pues señala por su parte que "Los decretos perderán todo efecto desde el principio sino fueron convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación". Si las cámaras no lo convierten en ley dentro de los sesenta días de su publicación, el decreto perderá eficacia desde su inicio. Brasil es un caso parecido al de Italia. Según el artículo 62, "Las medidas provisionales perderán eficacia, desde la publicación, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación debiendo el Congreso Nacional reglamentar las relaciones jurídicas de ellas resultantes".

Aún cuando establece el plazo, la Constitución Argentina, guarda silencio sobre la sanción ante la no-remisión al Congreso por parte del Gobierno. No obstante un autor argentino como es Pérez Hualde señala que la consecuencia de la falta de envío inmediato de la norma al Congreso ocasiona la nulidad.

Un par de observaciones finales sobre este punto a manera de conclusión. Primero, que es necesario evaluar esta obligación bien, si es que al final de cuentas los

---

<sup>827</sup>- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 22.

congresistas se enteran de estas normas por su publicación en el diario oficial cuando este es publicado.

En esa línea consideramos que habría que ser un poco elástico en favor del Congreso. En sentido estricto el plazo debería correr apenas se enteren los congresistas, sea el diario oficial o sea la comunicación del gobierno. Asimismo, consideramos que la fecha de publicación del decreto de urgencia en el diario oficial podría utilizarse como plazo supletorio, si es que la comunicación demora un tiempo demasiado prolongado, lo suficiente para evidenciarse la voluntad de eludir el control parlamentario, plazo que deberían en todo caso ser fijado inequívocamente.

Dado que el decreto de urgencia tiene fuerza de ley que duda cabe, este puede dejar en suspenso leyes más no modificarlas. En consecuencia, la no-remisión de los decretos de urgencia acarrearía, la simple derogación de los decretos de urgencia, y en consecuencia, la vigencia de las normas que quedaron en suspenso, como consecuencia de la situación de necesidad y de urgencia y de la provisionalidad de esta medida. En ese sentido, asumir la tesis que desconoce la naturaleza provisional del decreto de urgencia, ocasiona un problema a la hora de que este decreto es derogado, pues la norma anterior no recobra efectos legales.

Finalmente, se debería dejar en libertad al Congreso que ante la no remisión del decreto de urgencia, puede optar por dos caminos, o declarar la nulidad del decreto en cuestión, o realizar o realizar el control parlamentario. En el caso de la nulidad debería establecerse que el Presidente del Congreso declare la nulidad, por una cuestión de seguridad jurídica.

#### **4.5.6.2. El Pronunciamiento del Congreso**

El contenido del pronunciamiento del Congreso, puede ser básicamente de dos tipos. Sea derogando o sea convalidando el decreto de urgencia, con las consecuencias que esto acarrea.

Al decir de Pablo Santolaya, la derogación de los decretos de urgencia tendría dos características. En primer lugar, a pesar de ser ejercicio de un acto de control, tiene consecuencias legislativas mucho más claras que la convalidación, en cuanto que una normativa hasta entonces vigente con carácter provisional deja de ser aplicable, desaparece del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, --siguiendo al mismo autor, y a otros como Salas y Mortati, -- en atención al carácter provisional de este tipo de normas, hay que considerar que los Decretos Leyes, hasta su convalidación, no producen una derogación de la legislación anterior por ellos modificada, sino simplemente una suspensión de la misma, de forma que la no-convalidación viene a

comportar la inmediata "puesta en vigor de las leyes derogadas"<sup>828</sup> o mejor dicho suspendidas.

Sin embargo, aquí nos toca preguntarnos por la naturaleza del pronunciamiento del Congreso, y aquí tenemos dos grandes posibilidades, si el Congreso se pronuncia o si no se pronuncia, en el primer caso podremos estar ante situaciones de conversión, convalidación, ratificación, etc. En el caso que no se pronuncie, podemos estar ante un tipo de silencio legislativo donde se aplican la doctrina del silencio administrativo que puede ser interpretado en forma positiva o negativa.

Como sostiene Pérez Hualde<sup>829</sup>, remitir la norma al Legislativo a efectos de su ratificación es reconocer la autoridad del destinatario, su derecho a exigir la rendición de cuentas de lo hecho con las facultades legislativas que la Constitución le ha conferido en los supuestos específicamente señalados. La doctrina y las propias Constituciones utilizan diferentes denominaciones a la hora de definir el pronunciamiento del Congreso en ejercicio de sus facultades de control parlamentario: ratificación, convalidación, aprobación, revocatoria, etc.

La Constitución Española en su art. 86.2 señala que "El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación". La Constitución Italiana utilizan casi la misma denominación. El art. 77 de la Carta Italiana señala que, "Los decretos perderán todo efecto desde el principio sino fueren convertidos en leyes...". Por su parte, el artículo 62 de la Constitución Brasileña señala que "Las medidas provisionales perderán eficacia, desde la publicación, si no fueran convertidas en ley...". Un texto que si nos parece ambiguo, es el que utiliza la Carta Política Argentina en su art. 93.3, que señala que: "someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente...". Para el profesor Pérez Hualde, la palabra someter implica que se reconoce en el destinatario la facultad de aprobar o rechazar la medida enviada<sup>830</sup>.

A propósito del caso español, el profesor Pablo Santolaya señala la naturaleza ambigua de la palabra "convalidación" utilizada en la legislación española<sup>831</sup>. Para autores como García Enterría, Montero Gibert y García Morillo por ejemplo, "*el término convalidar significa en castellano "dar validez". Es jurídicamente, una técnica que sirve para subsanar actos afectados por vicios jurídicos, de forma que sin esa convalidación el acto sería en sí mismo ilegítimo; todo decreto ley supondría así un ilícito jurídico que debe ser sanado mediante la intervención parlamentaria*"<sup>832</sup>. Sin

---

828.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 211.

829.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 227.

830.- *Ibidem*, pág. 228.

831.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 203.

832.- *Ibidem*.

embargo, la expedición de los decretos de urgencia, en las diferentes cartas políticas constituye una actividad constitucionalmente lícita por parte del Gobierno, sin que tenga que estar sometido a "subsanción" o "convalidación" alguna que le otorgue carácter de licitud<sup>833</sup> por más transitorio o provisional que sea este tipo de normas. Es más, si consideramos que dicha facultad se encuentra consagrada constitucionalmente --por más restringida que esta se encuentre--, concluiremos que se trata del ejercicio de un derecho propio, en consonancia con las teorías de colaboración del gobierno con las tareas legislativas del Parlamento.

Por estas razones, la acción de la llamada "convalidación" no supone ningún tipo de subsanción por la actividad parlamentaria, de nulidades o anulabilidades presentes por naturaleza en todo decreto de urgencia, sino que da **carácter definitivo** a un acto lícito y constitucional en principio provisional, por lo que resulta más adecuado utilizar los términos de "ratificación"<sup>834</sup> u homologación, por que cómo ha señalado la jurisprudencia española, lo que el artículo 86.2 de la Constitución Española llama "convalidación" es más genéricamente una "homologación", respecto de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino<sup>835</sup>. Sobre la palabra derogación, no cabe ninguna duda. Derogación consiste en la desaparición del ordenamiento jurídica de una norma<sup>836</sup>, la pérdida total de su vigencia. Ella constituye la antítesis de la convalidación, en el caso de los decretos de urgencia.

Sin desmerecer palabras como ratificación u homologación, consideramos antes que adoptar una denominación, lo primero y más importante es tener claro, que nos referimos a normas con fuerza de ley, que tienen la capacidad de suspender los efectos de las leyes más no modificarlas, hasta mientras tanto el Congreso no se pronuncie. Nadie duda que dichas normas, durante el plazo que dura la situación extraordinaria de necesidad y urgencia existen e ingresan a la estructura normativa del ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual, compartimos las críticas contra el concepto de convalidación, que antes señalábamos. No obstante estas atingencias sobre la palabra "convalidación", utilizamos esta palabra quizá por comodidad o tal vez para no introducir un concepto que puede generar confusión o equívocos, razón por la cual en el presente texto utilizamos la palabra convalidación a lo largo de este trabajo.

---

833.- *Ibíd.*

834., *Ibíd.*, pág. 204. Esta posición es también sostenida por Javier Salas, quien señala que los términos "convalidación" y "derogación", son utilizados sin demasiado acierto por el constituyente, ya que ni la primera opción significa que el Congreso sane, con su acuerdo, un vicio originario del que esté afectado necesariamente el decreto-ley, ni la segunda que los efectos sean, realmente, los propios de tal técnica. De ahí que se haya propuesto acertadamente como alternativa al primero de dichos términos los de "homologación" o "ratificación". Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 303.

835.- Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 6/1983, de 4 de febrero. En: De Vega García, op. cit., pág. 33.

836.- Santaolalla, op. cit., pág. 336.



En relación con la palabra ratificación, aún cuando proviene del Derecho Internacional Público y puede ser objeto de las mismas críticas que el concepto de convalidación, nos parece más apropiado el concepto de ratificación, pues supone implícitamente que nos encontramos frente a una norma que existe en sí misma, pero que para seguir vigente necesita su ratificación por parte del Congreso.

#### 4.5.6.2.1. El "dar cuenta" del decreto de urgencia

El otro tema es el denominado dar cuenta al Congreso, texto del cual no se escapa nuestra Constitución Política. En efecto en algunas Constituciones como la de nuestro país aparece la palabra dar cuenta al Congreso, palabra que de alguna manera guarda otro sentido que el de la palabra convalidación o ratificación antes discutido. Sobre el particular, la doctrina argentina ha señalado que, "dar cuenta" es más que simplemente "anoticiar" al legislador acerca de la existencia del decreto, pero es menos que el sometimiento a consideración y aprobación por el otro órgano. El dar cuenta no sería más que poner en conocimiento con "una carga subjetiva que indica una clara conciencia de la transgresión incurrida, pero nada más"<sup>837</sup>. Sin embargo, desde una perspectiva más académica se ha señalado que el dar cuenta implica "no...un mero informe sino el derecho de ejercerse un verdadero control parlamentario"<sup>838</sup>. Por nuestra parte estimamos que el sentido es el de autorizar un verdadero control parlamentario, pues de lo contrario no tendrá sentido el dar cuenta al Congreso, pues el Decreto de Urgencia es ya conocido a través del Diario Oficial.

Otro caso es el de las consultas. Es distinto el caso en que la remisión se limita a una consulta como es el caso de la Constitución de Francia, cuando en su artículo 16° señala en relación con las medidas de urgencia que "El Consejo Constitucional será consultada a su respecto". Consultar es pedir opiniones con fines ilustrativos. Esta consulta, como señala Pérez Hualde, puede ser obligatoria y venir exigida por la norma, como el texto francés, o puede ser voluntaria<sup>839</sup>. También la consulta puede tener un carácter vinculante si el contenido de la respuesta que brinda el ente consultado es obligatorio para el consultante. En ese caso ya no será mera consulta, sino que se asimila a la "aprobación" o "acuerdo"<sup>840</sup>. Por otro lado, explica Pérez Hualde, que la consulta tiene carácter no vinculante pero es obligatoria, el consultante cumple con su obligación formulándola, dejando constancia de que así lo hizo y luego podrá actuar siguiendo o no el contenido de la consulta, tal como sucede en el sistema francés, donde la consulta es obligatoria y no vinculante.

---

837.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 227.

838.- Velasco Ana, *op. cit.*, p. 288.

839.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 228.

840.- *Ibídem*.

Es también importante distinguir entre la aprobación y la autorización legislativa. A diferencia de los que sucede en el caso de la aprobación legislativa, supuesto en el que nos encontraremos ante un decreto de necesidad de urgencia, en el caso de la autorización legislativa, nos encontraremos ante los decretos legislativos o la legislación delegada, o las medidas extraordinarias, la misma que se produce siempre previa autorización expresa del Congreso al Poder Ejecutivo.

#### 4.5.6.3. Pronunciamiento expreso o tácito del Poder Legislativo. La interpretación del silencio del Legislativo

Un tercer punto en el estudio del procedimiento del control parlamentario lo constituye la forma en que se manifiesta la voluntad del Congreso, y en su defecto, el problema de los efectos que el ordenamiento le puede atribuir al silencio del Congreso. La tesis que la legislación comparada --en aquellos países donde se ha recogido la figura de los decretos de urgencia-- ha asumido mayoritariamente es la del silencio negativo. Esto es que el silencio del Congreso es interpretado como la negación de la convalidación del decreto de urgencia. Tenemos así los casos de las Constituciones de Italia y Brasil. De conformidad con estas normas, los decretos de urgencia perderán toda eficacia si no son convertidos en leyes dentro de los sesenta días de acuerdo al art. artículo 77 de la Constitución Italiana, y dentro de los treinta días según el artículo 62º de la Carta Brasileña. Las tesis italiana y brasileña y de todo sistema que adopte la tesis del silencio negativo es que, tiene de atractivo el hecho de que evita la existencia de leyes definitivas que no hayan sido conocidos y explícitamente aprobados por el parlamento y por la vía que la Constitución contempla. Según Pérez Hualde, está es la postura más adecuada a la defensa del sistema republicano, al orden y la seguridad jurídica<sup>841</sup>.

La Constitución Española por su parte, en el art. 86.2, toma un poco de distancia de este enfoque, pues impone al Congreso de los Diputados el plazo de treinta días en que "habrían de pronunciarse expresamente...sobre su convalidación o derogación". Como muy bien señala Pérez Hualde, nada dice acerca de las consecuencias jurídicas que sobrevendrían en caso de que en ese lapso no se pronunciara el Congreso. Sin embargo, sobre este punto la propia doctrina española entiende que "el decreto ley no puede sobrevivir en el ordenamiento más allá de treinta días, transcurridos los cuales sólo continuará en vigor si así lo ha decidido de manera expresa el Congreso de los Diputados. Pasado ese plazo sin haberse producido la convalidación que requiere el art. 86.2 el decreto ley quedará eliminado del ordenamiento. La sujeción a este término de vigencia es tan estricta que la derogación se produce por su simple transcurso sin haber obtenido la convalidación que permite la futura pervivencia del decreto ley"<sup>842</sup>.

---

841.- *Ibidem*, pág. 233.

842.- De Otto, *op. cit.*, pág.

Otro sector de la doctrina y la legislación se pronuncia por la tesis del silencio positivo. Miguel Marienhoff señala por ejemplo que, sin demandar un acto expreso como puede ser una ley de conversión o un acto de ratificación explícito, basta que el Ejecutivo remita el decreto de necesidad al Congreso, y si este guarda silencio "su actitud debe interpretarse como una aprobación virtual"<sup>843</sup>. Esta postura podría estar relacionado con la presunción de la constitucionalidad de los decretos, presunción justamente, relacionada con la seguridad jurídica.

#### 4.5.6.3.1. La doctrina del silencio administrativo y el silencio del Congreso

Lo que pretendemos aquí es cuestionar la aplicación del silencio administrativo positivo o mejor dicho del silencio legislativo positivo al caso de la silencio del Congreso ante la remisión del decreto de urgencia por parte del Gobierno dentro del plazo señalado por ley.

Como sabemos la doctrina del silencio proviene básicamente del derecho administrativo. García Trevijano define al silencio administrativo en sentido estricto como "la presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo para resolver la Administración, y producidas además, determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras Administraciones"<sup>844</sup>. Como señala este autor, una de las razones últimas del silencio administrativo se encuentra "en la necesidad de interpretarlo de forma siempre más beneficiosa para el administrado, en cuyo favor, en definitiva está previsto"<sup>845</sup>. La idea de fondo es ayudar al lado más débil de la relación entre el administrado y la administración<sup>846</sup>. García de Enterría sobre el tema sostendrá el mismo criterio, "dichas consecuencias no pueden pesar ni directa ni

---

<sup>843</sup>- Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tom. I, pág. 266. Citado por Néstor Sagües, op. cit., pág. 271.

<sup>844</sup>- García Trevijano. El silencio administrativo en el derecho español, Civitas, Madrid, 1990, pág. 79. Ver también,

<sup>845</sup>- *Ibidem*.

<sup>846</sup>- Sobre este último punto, las especiales facultades que posee el Estado frente a sus ciudadanos determina que las relaciones jurídicas y reales entre ambos no se encuentran en el plano de igualdad, sino que existe una situación de sujeción o sometimiento sobre los sujetos que eventualmente tienen la obligación de soportar los efectos de las potestades administrativas. García de Enterría, Eduardo/Fernández, Tomis Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 4<sup>o</sup> edic. 1983, TOMO .I, p. 419. Entonces, en el caso de la actuación de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones publicas sobre un particular, hay una relación de subordinación; mientras que en el caso del bien jurídico individual se trata de relaciones entre particulares, relación de igualdad jurídica. Este plano de desigualdad existente entre los órganos del Estado y los ciudadanos es evidente en la realidad pues mientras en los delitos de funcionarios, éstos tienen a su disposición todo el aparato del Estado para realizar el hecho delictivo, los ciudadanos no lo poseen. Este parecer dentro de la doctrina nacional es compartido por César Ochoa para quien, "el silencio negativo se ha establecido para favorecer al administrado, no para sorprenderlo o para cazarlo en un cebo o trampa". César Ochoa Cardich, El Régimen Jurídico del Silencio Administrativo, En: Revista "El Jurista", Lima, 1992, pág. 193.

indirectamente sobre el particular recurrente, ya que la técnica del silencio administrativo está construida en su exclusivo beneficio<sup>847</sup>. Esto es el administrado, el ciudadano. De alguna manera, se quiere compensar esta desigualdad con el silencio administrativo positivo, se intenta sancionar al Estado, por su desidia, su desinterés ante el ciudadano - administrado. Esta situación de debilidad y de vulnerabilidad ha sido reconocida por la propia doctrina administrativa.

El silencio positivo ha sido diseñado antes que para beneficiar al lado más fuerte que es la Administración, al lado más débil de la relación que es el administrado, relación que llevada al caso de los Decretos de Urgencia, no es aplicable a la relación entre Gobierno - Congreso, pues de aplicarlos al control parlamentario de los decretos de urgencia, beneficiaría al lado más fuerte que es el Gobierno y no al Congreso, sobre todo en regímenes presidenciales y mixtos como el nuestro. Como sostiene Silvano Larriola, "Hoy la relación Parlamento-Gobierno se encuentra desequilibrada a favor de este último"<sup>848</sup>, hoy es frecuente en el mundo contemporáneo, la clara preeminencia del Ejecutivo sobre el Parlamento<sup>849</sup>

Estamos en contra de este procedimiento de dar por convalidado el Decreto de Urgencia por el simple silencio del Congreso, pues --como más adelante señalaremos-- en varios días puede haber terminado la crisis y, por ello, haber desaparecido todo interés, o incluso legitimidad de la norma en cuestión. Es más, como agrega Pérez Hualde, si combinamos este emplazamiento al Poder Legislativo bajo apercibimiento de tener por aprobada la norma, con la atomización de bloques partidarios, la consecuencia de la normativa es más grave y peligrosa para el estado de derecho y el respeto a la Constitución<sup>850</sup>. Nos encontraríamos con la situación de hecho de un Poder Ejecutivo que, aprovechando la imposibilidad o la dificultad temporal de lograr mayorías parlamentarias, pasaría a gobernar directamente por decreto. La no-convalidación por causa del disenso se convertiría en un "boomerang" si no se lograra la mayoría para pronunciar expresamente el desacuerdo, y el Poder Ejecutivo vería confirmada tácitamente todas sus iniciativas.

*"Esta postura oficializaría el gobierno de facto personificado por un Poder Ejecutivo que gobierna por decreto con la asunción de todas las facultades legislativas, hasta tanto, únicamente con otro sistema electoral, se pudiera conformar una mayoría clara,*

---

847.- Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 555.

848.- Silvano Larriola: Parlamento y Democracia, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 41.

849.- Ver artículo de Domingo García Belaúnde En: ¿Cómo legislar?, aparecido en el diario Expreso, de fecha 4 de julio de 1982.

850.- Pérez Hualde. op.cit., pág. 240.



*que, además, implicara quórum propio, para poder poner freno a la situación de hecho"851.*

En relación con el silencio administrativo positivo (la convalidación del decreto de urgencia ante el silencio del Congreso), García Trevijano<sup>852</sup> señala que, la operatividad de este da lugar al surgimiento de un acto presunto; y como tal a un verdadero acto administrativo. Efectivamente, cuando un administrado solicita de la Administración algo y ésta no responde en el plazo predeterminado legalmente (siempre que esté previsto en la norma como un supuesto silencio positivo y se den las demás condiciones precisas), se entenderá otorgado lo solicitado gracias al silencio positivo. En tales casos, la voluntad (en sentido amplio) de la Administración queda sustituida directamente por la de la ley, de tal forma que estrictamente ni siquiera se presume aquella, sino que en términos de Fernández de Velasco, se produce la más elevada expresión de la voluntad administrativa: la de la ley<sup>853</sup>.

La crítica al silencio administrativo positivo no se hace esperar. El problema con el silencio administrativo positivo es que "más que presumir la voluntad de la Administración, (lo que hace) la ley le estaría sustituyendo directamente"<sup>854</sup>. Esta visión es congruente con la tesis que señala que en el Derecho Administrativo la interpretación del acto administrativo no se vincula a la voluntad presunta o expresa del órgano administrativo, sino a la norma que habilita a tal órgano para producir el acto administrativo. En este caso es la norma la que produce directamente el acto, por lo que en cualquier caso, nunca podría acudirse para interpretar "el acto" a la voluntad declarada de la Administración, pues no ha existido ni siquiera, por presunción<sup>855</sup>.

La cosa se vuelve más compleja y delicada, cuando ya no sólo estamos ante la presunción de la voluntad de un funcionario público individual de la administración que ha omitido dar respuesta a una solicitud o requerimiento, sino la voluntad de la representación nacional, que no es otra cosa que encarnación de la voluntad soberana, de la colectividad nacional. Cuando el Congreso luego de haber transcurrido el plazo previamente establecido, no se pronuncia acerca de la convalidación y menos de su posición en relación con los decretos de urgencia, simplemente no existe voluntad, no existe nada, y, no debe quedar la menor duda o ambigüedad cuando de lo que se trata es de la voluntad del poder soberano, de la representación nacional. La importancia de la voluntad de la que estamos hablando, la voluntad de la representación nacional, exige que se despeje cualquier duda o ambigüedad acerca de esta voluntad.

---

851.- *Ibíd*em, pág. 240.

852.- García Trevijano, *op .cit.*, pág. 82.

853.- Fernández de Velasco, citado por García Trevijano, *op. cit.*, pág. 82.

854.- *Ibíd*em, pág. 83.

855.- *Ibíd*em.

*"El silencio negativo no es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, ante lo cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe. No siendo propiamente un acto, sino la ausencia de acto, no es posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico-materiales, ni cabe añadirse los adjetivos que se aplican a los actos propiamente tales para decir que ha quedado firme o consentido o que ha sido posteriormente confirmado"856.*

La creación de normas vinculantes con rango de ley, debe ser expresión de la voluntad de la representación nacional, del Parlamento, y no de la ambigüedad y de las dudas. La aprobación y/ convalidación por parte del Congreso importa el reconocimiento de la verdadera existencia de un caso de estado de necesidad que impidió su propia actuación. Implica el reconocimiento de la presencia de la causal de justificación y, por ello, de la legitimidad del acto<sup>857</sup>. Supone también, la evaluación de la oportunidad y necesidad en un determinado contexto, a partir de la valoración política subjetiva. La pregunta entonces que aquí es clave para cuestionar el silencio positivo es, si se puede interpretar el silencio del congreso como aprobación tácita. En otras palabras, ¿se puede presumir la existencia de la causal de justificación que autoriza la expedición de los decretos de urgencia?, ¿se puede entender que la causal de justificación existe hasta que se pruebe lo contrario?. Consideramos definitivamente que no. No es acorde con el instituto de estado de necesidad. El Ejecutivo invoca la causal de justificación y ella debe ser aceptada o rechazada en forma expresa por el Legislativo<sup>858</sup>. Es necesario dar todas las facilidades al Congreso ante las dificultades que tiene, como consecuencia de su control por parte del gobierno, y la debilidad de la mayoría. En efecto, primero el Estado no se pronuncia por el estado de necesidad y luego porque se presume la voluntad del Poder Legislativo. En el fondo nos encontramos con un Congreso obligado a estar callado, de quien se termina presumiendo todo, porque no tiene voz propia, y no porque no la tenga, sino porque se anestesia y se paraliza la representación nacional. Todo ello no hace otra cosa que silenciar el Congreso, impidiéndose no sólo el control "del" Congreso, sino especialmente, el control "en" el Congreso.

Incluso este problema se termina de volver escandaloso, cuando como es común por ejemplo en nuestro país, el Gobierno no se molesta ya ni siquiera en fundamentar por escrito en la parte considerativa de la norma, acerca de las razones que lo

---

856.- Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 552.

857.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 241.

858.- *Ibidem*.

impulsaron a expedir un decreto de urgencia, confiado muchas veces en que su mayoría parlamentaria impedirá cualquier procedimiento de control. Señala Javier Salas, haciendo referencia a la experiencia de los decretos leyes españoles, "apenas se contiene en ellas una referencia puramente formularia de la cuestión, como si fuera poco menos que evidente que concurren tales circunstancias (...) En otros, incluso, ni siquiera se hace a ello la más mínima alusión"<sup>859</sup>.

En este punto nos parece interesante mencionar la posición tomada por el art. 82 de la Constitución Argentina cuando señala:

*"Artículo 82o.- La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta".*

Diferente es el caso del artículo 91° del Reglamento del Congreso de la República de nuestro país. En esta norma, aún cuando no de manera explícita, se optó por el silencio legislativo positivo, en defecto del pronunciamiento del Congreso de la República.

*"Artículo 91.-*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles...Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación".*

Quien sin embargo formula con más precisión la crítica del silencio positivo es el argentino Jorge H. Sarmiento García. Este autor sostiene con relación al silencio negativo que "el no es ni puede ser una manifestación de la voluntad de la administración, sino, precisamente la ausencia de toda actividad volitiva, ante la cual no son admisibles procesos interpretativos tendientes a averiguar el sentido de una voluntad que no existe"<sup>860</sup>. En ese mismo sentido se precisa que "la doctrina es bastante uniforme en considerar que el silencio, de por sí es tan sólo una conducta

---

<sup>859</sup>.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 276.

<sup>860</sup>.- Tomas Hutchinson, La Ley Nacional de Procedimientos administrativos, citada por Pérez Hualde, op. cit., pág. 243.

inexpresiva de la administración, inapta, por lo tanto, para ser considerada una manifestación de la voluntad en un determinado sentido"<sup>861</sup>.

Comenta Sagües, "jurídicamente no cabe extraer otra conclusión sobre la omisión parlamentaria, puesto que ninguna norma constitucional permite conjeturar en la Argentina de tal omisión, conformidad o disconformidad con lo resuelto por el Poder Ejecutivo. El refrán "el calla otorga" será más o menos correcto para las relaciones sociales, pero en derecho público el silencio legislativo tiene distintas acepciones y consecuencias<sup>862</sup>.

En el otro extremo encontramos autores que no consideran "inexpresivo" al silencio sino que, al contrario, han señalado que "constituye la típica violación de un deber de acción". Por eso, la omisión en la cual el silencio consiste, no es más que el retardo, la demora en el cumplimiento de la obligación de resolver"<sup>863</sup>. En este caso habría que preguntarse, porqué es que no se pronuncia el Congreso, y a quién le beneficia el silencio del Congreso. No será tal vez que este silencio es deliberadamente generado por la mayoría oficialista para evitar cualquier debate, omisión que al final de cuentas beneficia al Poder Ejecutivo.

Tal como señala la doctrina, el silencio legislativo negativo es concebido simplemente como un remedio procedimental ante la inactividad formal de la Administración. Como sostiene Garrido Falla, no puede haber problema de interpretación de la voluntad de la Administración cuando justamente lo que falta es la voluntad administrativa<sup>864</sup>. En otras palabras, no hay interpretación de algo que simplemente no existe. Esta tesis es la que nos permite explicar de una manera más coherente el caso del silencio del Congreso en el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia. El silencio negativo, esto es reputar el silencio del Poder legislativo como negativa o no-convalidación del Decreto de Urgencia, **constituye un mecanismo para forzar al gobierno a la mayoría oficialista no sólo a debatir en forma pública, sino sobre todo, a explicarle al país a través del Parlamento, las razones de la expedición de un decreto de urgencia en específico**. De lo contrario, se derogará el decreto mencionado. En ese sentido, no nos encontramos en el caso de un remedio procesal. En todo caso, en situaciones como esta debemos priorizar la Constitución Política cuando señala que el Congreso es titular de las facultades legislativas y no una presunta seguridad jurídica, y decimos presunta, porque la

---

861.- Jorge H. Sarmiento García. Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza 3909. Concordada y comentada, 2º edic., pág. 56, citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 242.

862.- Néstor Pedro Sagües, Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino, En: La Ley, del viernes 15 de noviembre de 1985, pág. 272.

863.- Guillermo Andrés Muñoz. Silencio de la administración y plazos de caducidad. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 2. Citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 243.

864.- Citado por García Trevijano, *op. cit.*, pág. 88. Igual parecer es compartido en la doctrina nacional por César Ochoa, *op. cit.*, pág. 191.



legitimidad de normas aprobada o convalidada por el Congreso de manera pública genera también seguridad jurídica tal como ya lo señalamos.

Debemos también de agregar, que los decretos de urgencia son normas excepcionales, y como tales, debe haber un mayor control de dichas medidas. Estas normas deberían ser utilizadas pero para casos muy reducidos, y no como canal habitual. Esto constituye, otra razón para negar o oponernos al silencio positivo.

Sobre la convalidación de los decretos de urgencia, la pregunta que aquí debemos plantearnos es, si la omisión del Congreso de pronunciarse obedece directamente a la voluntad de la representación nacional, o es que -como decíamos antes-- existen otros factores, totalmente diferentes y ajenos a la voluntad del soberano que también entran en juego. Si la aprobación tácita no dejara dudas acerca de la verdadera voluntad del Congreso podría ser aceptada como expresión de voluntad, en ese sentido, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que el silencio siempre y de todas maneras será expresión de la voluntad convalidatoria del Congreso, sin embargo, esto no es así. Muy distinto es el caso de la derogación tácita donde si existe una verdadera expresión de voluntad. La aprobación o derogación tácita de una ley, como después veremos, a diferencia del silencio positivo implica un acto de voluntad. Esta puede consistir en la aprobación de una ley parlamentaria que deroga un decreto de urgencia al abordar su mismo contenido.

Otro argumento en contra del silencio positivo lo encontramos en aquel principio que señala que "*no cabe el silencio positivo contra legem*" (contra la ley). La doctrina señala ciertas reglas para la utilización del silencio administrativo. No se "trata simplemente que transcurrido determinado plazo durante el que la Administración no se pronuncia, pueda el interesado actuar sin más en el sentido solicitado, sino que deban concurrir los demás requisitos...destacando que lo solicitado tiene que ser acorde con la legalidad"<sup>865</sup>. Como señala García de Enterría:

*"(...)el silencio positivo es, en definitiva, una creación de la ley y difícilmente puede decirse que la ley haya querido que, a través de un mecanismo establecido para evitar perjuicios a los particulares a resultas de la falta de diligencia de la Administración, puedan éstos obtener mayores beneficios de los que la Ley les reconoce, en mengua, además, del interés general.*

---

<sup>865</sup>- Citado por García Trevijano, op. cit., pág. 88. Como señala García de Enterría, "El problema realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por silencio positivo en aquellos supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que promueve el procedimiento no es conforme a derecho". Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 555.

*La Ley no puede querer, en definitiva, que el silencio positivo se aplique para conculcarla. El silencio positivo supe, en efecto, al acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley<sup>866</sup>.*

Esta afirmación para el caso del silencio administrativo podría ser invocada para el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia. Buena parte de este tipo de normas en nuestro país se expiden contraviniendo expresamente los mandatos de nuestra primera Carta Política. El silencio positivo sólo puede aplicarse dentro de los límites establecidos en la Constitución, que está por encima de todas leyes. El problema acá es cuando y quien declara que se ha violado la Constitución Política.

Finalmente, el silencio legislativo positivo, ese que interpreta el silencio del Congreso como aprobación tácita del decreto de urgencia, lejos de frenar la actividad del gobierno de emitir este tipo de normas en forma descontrolada y desmesurada, estimula y abre la vía para su emisión ilimitada e indisciplinada, tal como vemos en nuestro país. Por tales razones nos parece poco conveniente que el ordenamiento jurídico presuma la existencia de un acto, es decir, presuma la existencia de una ratificación y/o convalidación ahí donde sólo existe un silencio, que puede obedecer a una multiplicidad de causas distintas a la efectiva aprobación o convalidación del decreto de urgencia. Tendría sentido, si el silencio del Congreso se debiese a su entera culpa y responsabilidad, similar al mal funcionario público indiferente y negligente, más no es el caso del Congreso, donde hay intereses externos al propio Congreso que ocasionan esta situación de no-pronunciamiento, que quieren controlar y paralizar la fiscalización que este pueda hacer. La conclusión debería ser entonces, que el silencio del Legislativo se debiera interpretar en sentido negativo, es decir, de rechazo del decreto de necesidad y urgencia.

#### 4.5.6.3.2. La teoría de los actos complejos y el silencio negativo

Otra argumento útil para cuestionar el silencio positivo en el caso de interpretar el silencio del Congreso a la hora de convalidar los decretos de urgencia es la teoría de los actos complejos. Esto significa que la existencia de los decretos de urgencia, supone un acto donde es necesario la concurrencia de dos voluntades. Sin embargo, tiene un problema y es que su adopción, de alguna manera supone aceptar que la expedición del decreto de urgencia mientras no sea convalidado no tiene una vida propia, independientemente de la voluntad del Congreso, tesis que en este mismo trabajo hemos cuestionado abiertamente, salvo que se interprete que es necesario las

---

866.- Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1986, pág. 555.

dos voluntades para transformar su eficacia y licitud temporal en eficacia definitiva, formulación la que no tendríamos ningún tipo problema de suscribir. En todo caso, consideramos que la teoría del acto complejo es vital a la hora de explicar la necesaria presencia y concurrencia de dos voluntades para que el decreto de urgencia pueda subsistir en el tiempo.

Entre las voces discordantes tenemos de Javier Salas, para quien, "más que de un acto complejo, de lo que se trata, en realidad, es un procedimiento complejo con dos subprocedimientos que dan lugar a otros tantos actos que, aunque concatenados, son independientes entre sí"<sup>867</sup>. La razón de ello es que el decreto ley no necesita otra intervención que la del gobierno, aunque, naturalmente, para su persistencia en el ordenamiento más allá de treinta días se precisa la intervención de otro órgano como el Congreso de los Diputados<sup>868</sup>.

Pérez Hualde sugiere analizar el tema del control parlamentario a la luz de la naturaleza del acto, el cual sin dejar de ser legislativo se trata de un acto complejo, que requiere la comunión de dos voluntades válidas<sup>869</sup>. Para los autores que han aceptado la aprobación implícita o tácita del Congreso por su sólo silencio (silencio positivo), se les podría objetar el hecho que, la sola remisión del decreto dictado al congreso, implicaría un verdadero emplazamiento a que este rechace expresamente la norma bajo apereamiento de que su vigencia permanece mientras no se oponga. Así de acuerdo a la teoría del acto complejo, se necesita dos voluntades, faltando la voluntad del Congreso, en la medida que el silencio del Congreso no equivale a la expresión de voluntad, y teniendo en cuenta que el silencio legislativo más que presumir una voluntad lo que hace es reemplazar la voluntad del Congreso por la voluntad de la ley.

El control parlamentario de los decretos de urgencia desde la perspectiva de los actos complejos, se inscribe en lo que Karl Loewenstein denomina control por distribución del poder, esto es cuando un órgano necesita la aprobación o autorización de otro órgano integrando el acto<sup>870</sup>.

El decreto de urgencia puede ser interpretado como uno de esos actos que la doctrina denomina como actos complejos. Se denomina actos complejos aquellos emanados de la voluntad concurrente de varios órganos o de varios sujetos

---

867.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 305.

868.- *Ibidem*.

869.- De Otto, op.cit., pág. 205.

870.- Loewenstein, op.cit., pág. 62.

administrativos, cuyas voluntades se funden en una sola voluntad<sup>871</sup>. Sin embargo, considerar al decreto de urgencia convalidado como un acto complejo<sup>872</sup>, entre el Gobierno y el Congreso, es muy diferente de sostener que ambos órganos constituyen un órgano complejo. Esta posición es compartida por De Otto, para quien, "la Constitución Española confiere la facultad de expedir los decretos de urgencia al gobierno y a al Congreso en forma conjunta, razón por la cual nos encontramos ante una atribución de potestad facultad legislativa, limitada en los términos del art. 86.1, cierto a los órganos de dirección política del Estado. Si utilizamos un concepto de órgano construido a partir de la función --el concepto de la forma jurídica -- tendremos que convenir que la legislación de urgencia está encomendada a un órgano complejo integrado por el gobierno y el Congreso de los Diputados sin intervención de las Cortes Generales"<sup>873</sup>.

Este concepto tiene consecuencias importantes. Por una parte, no hay acto sino se han fundido ambas voluntades en forma expresa, más allá de la inmediata vigencia provisoria de la medida --sujeta a condición resolutoria-- intertanto se produce el acuerdo legislativo con la norma. Sin este acuerdo, no existe el decreto de necesidad y urgencia<sup>874</sup>. Esta teoría también implica que dada la fusión que se opera entre las voluntades de los órganos o sujetos intervinientes, el vicio o la inexistencia de una de dichas voluntades afecta al acto en sí, invalidándose<sup>875</sup>.

Según la doctrina argentina, es necesario que no quede lugar a dudas acerca de la existencia o no de la voluntad concurrente del Poder Legislativo, que a la vez corrobora la existencia de la causal de justificación invocada por el Ejecutivo como transgresor del segundo párrafo del art. 99.3 de la Constitución Argentina<sup>876</sup>. Mas allá del acierto de esta teoría y de las dudas y debates que puede suscitar, consideramos que su virtud radica en que nos llama la atención acerca de la necesidad que existan dos voluntades expresas y no una voluntad plena y otra a medidas, en el mejor de los casos.

Una precisión que realiza el español Javier Salas, que nos parece muy oportuna aquí recogerla, es la que advierte que "(...)para que se dicte un Decreto Ley no se necesita otra intervención que la del Gobierno, aunque, naturalmente, para su

---

871.- Marienhoff, *op. cit.*, pág. 404.

872.- Eduardo Espín Templado, *El control de la actividad normativa del gobierno*, en: Angel Garrarena. El Parlamento y sus transformaciones actuales. Asamblea Regional de Murcia. *op. cit.*, pág. 257.

873.- De Otto, *op. cit.*, págs. 205-206.

874.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 247.

875.- Cassagnela desregulación de actividades dispuestas por decreto 2284/91. citado por Pérez Hualde. pág. 247.

876.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 248.



*persistencia en el ordenamiento más allá de treinta días se precisa la intervención de otro órgano(...), es decir, el Congreso de la República" 877.*

Finalmente, tal como señala Pérez Hualde si adoptáramos la teoría del silencio legislativo positivo quedaría frustrada la voluntad de la Constitución y de la ley, en el sentido de obligar a consensuar los distintos bloques y representantes parlamentarios para arribar a las soluciones más generalizadoras y compartidas en beneficio del bien común<sup>878</sup>.

#### 4.5.6.3.3. En que se expresa la voluntad del soberano: Acuerdo y leyes

Un último punto es el relacionado con la forma jurídica que tomará la voluntad del Congreso aspecto que adquiere relevancia crucial. En efecto, si la voluntad del Congreso en relación al control parlamentario se expresa en una ley, este podrá ser cuestionado ante el Tribunal Constitucional. En cambio, qué pasaría si este se expresa en un acuerdo u otra forma atípica y sin lugar dentro de la estructura normativa.

Un argumento que ayuda a defender y sustentar el control político por parte del Congreso es la revisión en la legislación comparada de la institución que utiliza el Parlamento para expresar su voluntad y su posición frente al decreto de urgencia expedido por el Gobierno, así como los problemas que pueden surgir cuando estos no se expresan a través de una ley. La Constitución Argentina, no menciona en su art. 99 inciso 3 nada sobre el particular. Sin embargo, los artículos 77 de la Carta de Italia y el 62 de la Constitución de Brasil señalan que:

##### *"Artículo 77*

*...Los decretos perderán todo efecto desde el principio si sino fueren convertidos en **leyes** dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante **ley** las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".*

##### *"Artículo 62*

*...Párrafo único.- Las medidas provisionales perderán eficacia, desde la publicación, si no fueran convertidas en **ley** en el plazo de treinta días, a partir de su publicación debiendo el Congreso Nacional reglamentar las relaciones jurídicas de ellas resultantes".*

---

877.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 305..

878.- Pérez Hualde. op. cit., pág. 241.

El caso de España es especial por que admite las dos posibilidades, la convalidación a través de un "acuerdo parlamentario" sin lugar en la estructura normativa española de conformidad (inciso 2 del art. 86) y a través de una "ley" según el inciso 3 del mismo artículo.

*"Artículo 86*

*...2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.*

El artículo 91º del Reglamento del Congreso Peruano de alguna manera se suma a la costumbre mayoritaria:

*Artículo 91.-..*

*d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".*

Tal como sucede en España, la práctica de la convalidación o de la derogación de los decretos leyes hasta la fecha se han realizado sin excepción a través de simples "acuerdos" del Congreso, en vez de una ley ordinaria. Según Santaolalla, esta práctica respondería al hecho de suponer la intervención de una sola de las Cámaras que integran las Cortes Generales<sup>879</sup>, razón por la cual no se atribuye la condición de ley, argumento que no deja de tener sentido desde nuestro punto de vista. La utilización de estos acuerdos ha sido cuestionada por un sector de la doctrina. Según Santaolalla por ejemplo, a diferencia del acuerdo, la ley sólo tiene eficacia general de obligar, pues sólo la misma obliga a particulares, jueces y autoridades<sup>880</sup>.

Además de este argumento de peso, dicho autor agrega que, "sólo la ley asegura un posible recurso de inconstitucionalidad en el caso de incumplimiento de los requisitos constitucionales". Si el Congreso convalidase un Decreto Ley (decreto de urgencia) que no estuviere fundamentado en razones de extraordinaria y urgente necesidad o que vulnerase las otras limitaciones dispuestas en el art. 86.1 de la

---

879.- Santaolalla, *op. cit.*, págs. 336-337.

880.- *Ibíd*em, pág. 337.

Constitución Española o simplemente que a juicio de la representación nacional no sea conveniente y oportuno, es evidente que sólo la forma de ley de semejante acuerdo aseguraría su control por el Tribunal Constitucional. El Decreto Ley siempre podría impugnarse y anularse por esa instancia, pero su situación en el ordenamiento jurídico cambiaría tras el "acuerdo" de convalidación<sup>881</sup>. El problema como se advierte es que el denominado acuerdo convalidatorio "no consta en modo alguno su posible valor y lugar en el sistema de fuentes normativas"<sup>882</sup>.

Esta tesis es reforzada por lo señalado por el Tribunal Constitucional Español, cuando en su sentencia 9/1982 del 31 de mayo (B.O.E. del 28 de junio, fundamento 2), rechaza que el acuerdo de convalidación previsto en el artículo 86.2 de la Constitución Española convierta al Decreto Ley correspondiente en ley formal del Parlamento<sup>883</sup>. Sin embargo, ese acuerdo tiene fuerza de ley. La pregunta que se hace Santaolalla a tenor del principio de jerarquía es contundente, ¿Cómo un acto que no sea una ley puede transmitir eficacia de ley a una disposición gubernamental?<sup>884</sup>.

La argumentación de Santaolalla es plenamente justificada, "(...) *si después que el Gobierno ha expedido un decreto de urgencia con fuerza según la Constitución, hay una intervención parlamentaria de la que depende el mantenimiento con valor de ley o la derogación de esa misma disposición gubernamental, que provisionalmente tenía reconocida fuerza legal, es porque semejante intervención es capaz de transmitir esa fuerza de ley, siendo, por tanto, un acto en sí mismo con fuerza de ley, que debería revestir la forma de tal por proceder del poder legislativo del Estado*" <sup>885</sup>. El principio de *contrarius actus* exige para ello una disposición con la misma eficacia jurídica, que en el caso de una Cámara Legislativa no puede ser otra que la ley. Además, como decíamos antes, no se comprende que se niegue la forma de ley, cuando la convalidación se produce al amparo del art. 86.2 y que, en cambio, se afirme cuando deriva del apartado 3 del mismo artículo que, como afirma el propio Tribunal, no es más que un procedimiento convalidatorio alternativo al anterior. Se trata de una diferencia de vías procedimentales, que no implica una naturaleza diferente de los acuerdos correspondientes de convalidación y que, por ende deberían revestir la misma forma<sup>886</sup>.

#### *"Artículo 86*

*(...) 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días*

---

881.- *Ibíd*em, pág. 337.

882.- *Ibíd*em.

883.- *Ibíd*em.

884.- *Ibíd*em.

885.- *Ibíd*em, pág. 338.

886.- *Ibíd*em, .

*siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

*3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia".*

Santaolalla<sup>887</sup> agrega que, la situación en cuestión constituye un flagrante olvido del principio general del Derecho, recogido en las diferentes carta políticas y en los Códigos Civiles, de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La forma como se han derogado decretos de urgencia por el Congreso (o por su Diputación Permanente), al utilizarse un simple "acuerdo" privado de toda tipicidad formal.

En el caso español, la intervención exclusiva del Congreso, sin la paralela intervención del Senado, no es razón de peso para excluir la forma legislativa. Para Santaolalla, hay que entender que el art. 86.2 de la Constitución Española, constituye un supuesto especial en que la potestad legislativa de las Cortes Generales se concentra en una única Cámara. Se trataría de un caso en que el Congreso de los Diputados asumiría por sí sólo la representación que normalmente está compartida entre ambas.

En nuestra opinión, la voluntad del Congreso de convalidar o derogar decretos de urgencia debería manifestarse a través de una ley "parlamentaria". Esto evitaría problemas y permitiría se impugne los mismos ante el Tribunal Constitucional de ocurrir alguna violación a la Constitución.

#### **4.5.6.4. Facultad de modificación del decreto de necesidad y urgencia**

Un punto también interesante lo constituye el tema de la posibilidad del Congreso, de modificar o no el contenido del decreto de urgencia, y si esto fuera admitido, cuál es el límite de esta facultad de modificación. De alguna manera, lo que esta en juego son los límites de la facultad de control del Congreso en relación con los decretos de urgencia. La otra posibilidad es que el Congreso apruebe o rechace todo el conjunto, sin posibilidad de introducir modificaciones.

##### **4.5.6.4.1. El debate y votación de la totalidad del decreto de urgencia**

Tenemos en primer lugar, la posibilidad del debate y votación de la totalidad del decreto de urgencia. Esta modalidad es recogida por la Constitución Española en su

---

887.- *Ibíd.*



artículo 86.1, donde no admite la posibilidad de que existan modificaciones por parte del Congreso de los Diputados, sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados.

Es necesario aquí recordar que el caso español es particular, pues como y a lo hemos advertido, no es el Poder Legislativo el que recibe el decreto-ley para su aprobación o rechazo sino una parte de ese órgano, como es el Congreso de los Diputados, Cámara que a diferencia del Senado es más política, como ya habíamos también señalado. Una explicación interesante de este sistema es el que hace Pérez Hualde. Para este autor, es razonable que no pueda corregir o modificar el decreto ley, atento a que tampoco el Congreso de los Diputados es depositario (agregaríamos pleno) de las facultades legislativas que ha ejercido el Ejecutivo por excepción<sup>888</sup>.

Consideramos que en atención al control de oportunidad que antes mencionábamos y a su propia soberanía legislativa, no tiene sentido establecer otros límites que no sean los de la propia constitución y las leyes en el caso que estemos ante leyes orgánicas. Sin embargo, a su vez nos parece coherente la limitación de la aprobación y/o el rechazo de la totalidad del conjunto del decreto de urgencia, toda vez que no estamos ante la representación nacional en pleno, sino ante una parte, que por más política que sea su naturaleza, no deja de ser una fracción.

Y sostenemos esto, pues la propia Constitución Española señala la facultad plena de modificación a las Cortes Generales en su conjunto, en el mismo artículo pero en un inciso posterior. Efectivamente, distinto es el caso del último numeral del artículo 86.3 de la Constitución Española. En este supuesto, si las Cortes decidieran darle trámite de ley al decreto ley, entonces si sería posible la rectificación o modificación del texto enviado por el gobierno en forma parcial en la magnitud que sea. **Si el Congreso puede aprobar, derogar o modificar leyes sobre la base de sus facultades propias, en su calidad de expresión de la voluntad general, con mayor razón puede modificar una norma con fuerza de ley, recordemos aquel principio que dice que quien puede lo más puede lo menos (ad maioris ad minus)**<sup>889</sup>.

Fuera de este supuesto no encontramos ningún argumento ni ninguna razón válida para recortar la facultad del Congreso de aprobar, al establecerse que sólo se podrá aprobar la totalidad del texto del Decreto de Urgencia. El único límite que puede tener el Congreso es la propia Constitución Política, más allá de allí es absurdo limitar al órgano que encarna la representación popular, y que tiene plena soberanía legislativa.

---

888.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 251.

889.- Marcial Rubio, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988, pág.

Establecer otros límites sólo ocasionaría que el Congreso a través de su atribución legislativa general realice el control parlamentario evitando recurrir al procedimiento específico que para tal efecto se señala.

#### 4.5.6.4.2. La posibilidad de modificación de los decretos de urgencia

Decíamos antes que, uno de los principios generales del derecho quizás el más básico y elemental es aquel que señala que una norma posterior deroga a una anterior en el tiempo. En tal sentido, consideramos que el Congreso puede modificar, sustituir y derogar cualquier norma que ella haya dado con anterioridad. Ahora si eso puede hacerlo con las propias normas que este ha aprobado con mayor razón y tal como lo afirma otro principio "quien lo más puede lo menos", el Congreso puede modificar todo sin más límite que la Constitución, cualquier norma del ordenamiento jurídico que este por debajo de la Carta Política. Como señala Javier Salas, "ni que decir tiene que todo Decreto ley que no haya agotado su vigencia -- de estar esta predeterminada -- puede ser derogado bien por una ley, bien por un Decreto Ley posterior a aquel"<sup>890</sup>.

Nos encontramos ante una intervención inequívocamente legislativa por parte de las cámaras, capacidad en principio plena de modificación del texto gubernamental mediante la presentación de enmiendas, lo que conlleva una auténtica discusión parlamentaria<sup>891</sup>. Esto quiere decir, la posibilidad que el Congreso puede entrar a modificar el contenido mismo del decreto de urgencia. Aquí hay que señalar que, la ley que el Congreso expida sustituyendo al decreto de urgencia, no tiene ya los límites a que está sujeto, a diferencia del decreto de urgencia al que viene a sustituir. Será en ese sentido, que a partir de la promulgación, si mantiene la regulación de materias excluidas constitucionalmente del ámbito del decreto de urgencia, la regulación ya no será inconstitucional<sup>892</sup>.

Al contrario de lo que sucede en España en el artículo 86.1, en Italia, a pesar de que el texto no lo establece expresamente, los autores de ese país han sostenido que el legislador puede rechazar o aprobar en forma parcial al decreto de excepción<sup>893</sup>. Incluso se ha sostenido que puede haber enmienda del decreto ley por parte del Parlamento. Pero, según Pérez Hualde, no es pacífica la doctrina italiana en tal sentido, a tal punto, que algunos autores sostienen que la aprobación legislativa debe consistir en una ley que reproduzca textualmente el decreto ley enviado por el gobierno como

---

890.- Javier Salas, op.cit., pág. 308.

891.- Pérez Hualde, op.cit., pág. 219.

892.- Sobre este punto hay acuerdo total en la doctrina. Ver por ejemplo, Javier Salas, op.cit., pág. 310.

893.- Pérez Hualde, op.cit., pág. 251.

único modo de cumplir el art. 77º de la Constitución Italiana<sup>894</sup>. De todos modos, existe una interesante autolimitación establecida por el art. 96, párrafo 8 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Italia, que prevé que se declararán inadmisibles "las enmiendas y artículos adicionales que no se refieran estrictamente a la materia del decreto ley"<sup>895</sup>.

No terminamos de entender esta autolimitación, pues el Congreso tiene en nuestro concepto, plena capacidad para normar lo que juzgue conveniente, con la única limitación de la Constitución Política. Conviene aquí volver a recordar que, además de la facultad de control, a través de un procedimiento específico que las Constituciones le reconoce a los Parlamentos, existe la facultad de todos los Congresos de aprobar y derogar leyes, facultad bajo cuyo amparo, los Congresos podrían tranquilamente, y sin la menor limitación y restricción alguna modificar los decretos de urgencia.

Consideramos que la posibilidad de rectificar, que supone la modificación del decreto de urgencia, hace que el Poder Legislativo ejerza sus facultades de modo más pleno. Carecería de sentido, que una vez, enfrentada a través del decreto de urgencia la situación de necesidad y urgencia, y superado el problema del tiempo escaso para que el legislador brinde la respuesta que las circunstancias exigen; no pudiera el legislador ahora brindar una contestación adecuada a la situación causante del estado de necesidad, sin las limitaciones que la Constitución establece. De lo contrario se estaría consagrando una verdadera traslación de la facultad legislativa ejercida por el Ejecutivo de un modo prácticamente definitivo, "resultaría ilógico sostener que el régimen de excepción, como lo es el del ejercicio de las facultades legislativas por parte del Ejecutivo en caso de estado de necesidad, se transforme en regla"<sup>896</sup>.

Pérez Hualde, concluye invocando de una parte los principios generales del orden republicano recogidos en la Constitución junto con la naturaleza excepcional de los decretos de necesidad y urgencia, "imponen un criterio de interpretación amplio en favor de las facultades del Legislativo en estos casos y restrictivo en contra del Ejecutivo frente a la crisis ejerciendo facultades que le son ajenas"<sup>897</sup>.

No podemos dejar de hacer mención a lo que sucede con el artículo 86 inciso 3 de la Constitución Española, donde el control parlamentario se supedita a la voluntad de la mayoría del Congreso. En el caso español, una vez convalidado a través de la aprobación de la totalidad del decreto ley, de conformidad con el inciso 2 del art. 86, el Presidente preguntará si algún grupo parlamentario desea que se tramite como Ley; en caso afirmativo, se someterá a votación, y --aquí viene el problema-- sólo se

---

894.- Constantino Mortati, citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 251.

895.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 194.

896.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 253.

897.- *Ibidem*, pág. 253.

tramitará como ley si la mayoría de la Cámara se pronuncia en este sentido. Este aspecto es el que ha sido duramente criticado por autores como Pablo Santolaya, por cuanto "hace depender de la mayoría gubernamental el ejercicio de sus plenas funciones legislativas, o, desde otro punto de vista, el que el decreto del Gobierno permanezca con tal carácter sin posibilidad de discusión parlamentaria"<sup>898</sup>.

Aún cuando no se tenga mayoría para doblegar a la mayoría oficialista, recuérdese acá lo que señalaba Manuel Aragón, cuando señalaba que, no sólo es un control "del" Congreso sino "en" el Congreso. La necesidad de forzar a la mayoría oficialista a un debate y discusión pública es importante y permite involucrar a la opinión pública pieza clave en el control desde la perspectiva de la minoría y de la oposición.

#### 4.5.6.4.3.. Puede establecerse límites al Control Parlamentario

Este es un punto central en el trabajo, porque estamos discutiendo del texto que finalmente va aparecer en la Constitución o en el Reglamento, y que debería de ser lo suficientemente amplio para que tolere el parámetro del control político, es decir, el principio de oportunidad junto con los requisitos que la carta política exige para la expedición de los decretos de urgencia, y que a su vez actúan, como parámetro de un pretendido control de la constitucionalidad.

Santolaya Machetti sostiene que "nos encontramos con una intervención inequívocamente legislativa"<sup>899</sup> por parte de las cámaras, con todas las notas características de este tipo de actividad: actuación de las dos cámaras, capacidad en principio plena de modificación del texto gubernamental mediante la presentación de enmiendas, lo que conlleva una auténtica discusión parlamentaria, y con un claro resultado final: una ley que sustituye desde su origen a la actividad gubernamental<sup>900</sup>.

La mayoría de las Constituciones no limita esta facultad de control parlamentario de los decretos de urgencia, a la simple revisión de los requisitos que la Constitución exige para la expedición de dichas medidas, sino que a través de una

---

898.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 207.

899.- Un aspecto importante --que ya hemos planteado en este mismo capítulo-- que ayuda a comprender las facultades plenas del Congreso a la hora de realizar el control parlamentario es que cuando conoce los decretos de urgencia, no sólo lo hace en ejercicio de la facultad de control que tiene y que la Constitución le confiere, sino en ejercicio de la facultad legislativa que también la Constitución le asigna. En otras palabras, el Congreso al momento de convalidar el decreto de urgencia, realiza un acto de control y un acto legislativo. Así el control tiene si se quiere una dimensión legislativa y otra de control.

900.- *Ibidem*, pág. 187.



redacción amplia, deja en libertad para que el Parlamento puede en base al principio de oportunidad realizar el control de los decretos de urgencia amplio.

El art. 77 de la Constitución Italiana no establece límites a ese control.

*"Artículo 77.-*

*No Podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si sino fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".*

La Carta Política de Brasil en un tenor parecido al Italiano precisa en su artículo 62º que:

*"Artículo 62.- En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlos de inmediato al Congreso Nacional, que estando en receso, será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días.*

*Párrafo único.- Las medidas provisionales perderán eficacia, desde la publicación, si no fueren convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación debiendo el Congreso Nacional reglamentar las relaciones jurídicas de ellas resultantes".*

Un caso similar nos presenta el art. 9 de la Carta Política Argentina, se señala que:

*"Artículo 99.-*

*3. ...El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al*

*plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".*

El artículo 86° de la Constitución Española tampoco establece límite al Control parlamentario:

*"Artículo 86*

*2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.*

Finalmente, nuestra Constitución Política no podía ser la excepción, en su art. 118, inciso 19 señala que:

*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*19. 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".*

El problema surge con los reglamentos parlamentario. Así por ejemplo el artículo 91 del Reglamento del Congreso Peruano señala que:

*"Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia  
Artículo 91.-*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias*

*adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación.*

En una posición muy distinta se ubica sistema español. En efecto, el art. 151 del Reglamento de la Cámara de Diputados de España no establece restricciones al control que realiza la Cámara de Diputados, aun cuando como sabemos debe aprobar o derogar la totalidad de la norma.

*"Artículo 151.*

*"1.- El debate y votación sobre la convalidación o derogación de un Real Decreto Ley se realizará en el Pleno de la Cámara de la Diputación Permanente, antes de transcurrir los treinta días siguientes a su promulgación, de conformidad con lo establecido en el artículo 86,2 de la Constitución. En todo caso, la inserción en el orden del día de un Decreto-Ley para su debate y votación, podrá hacerse tan pronto como hubiere sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado.*

*2. Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad.*

*3. Concluido el debate se procederá a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación.*

*4. Convalidado un Real Decreto-Ley, el Presidente preguntará si algún Grupo Parlamentario desea que se trámite como proyecto de ley. En caso afirmativo, la solicitud será sometida a decisión de la Cámara. Si esta se pronunciase a favor, se tramitará como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución.*

*5. La Diputación Permanente podrá, en su caso, tramitar como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-Leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas.*

*6. El acuerdo de convalidación o derogación de un Real Decreto-Ley se publicará en el Boletín Oficial del Estado".*

Por eso es que, no le encontramos sentido a los Reglamentos de los Parlamentos cuando circunscriben y limitan el control parlamentario a la verificación de un número determinado de requisitos vinculados a la situación extraordinaria de necesidad y urgencia contenidos en la Constitución Política. No encontramos argumento alguno para

sostener que en el momento que el Parlamento ejerce el control se desprende de la función legislativa. Lo contrario supone constreñir, restringir la facultad legislativa a aquellos que encarnan la voluntad soberana y la soberanía legislativa, en beneficio del Gobierno, que no posee la plena representación del soberano.

Piénsese en lo que ocurriría en aquellos casos donde nos encontramos ante un decreto de urgencia perfecta y escrupulosamente constitucional, pero que el Parlamento y la mayoría de la población considera inoportuno e inconveniente, es decir no necesario políticamente en un determinado momento. En casos como este, donde se reduce el control del Congreso a la verificación de la observancia de los requisitos constitucionales, el Congreso no podría derogar este decreto y tendría que convalidarlo y ratificarlos contra su voluntad, no obstante la soberanía parlamentaria que ostenta.

Ante la dificultad y la restricción de estas normas internas de los Parlamentos y de la propia Constitución, muchas veces de restringir el control parlamentario a la verificación unos cuantos supuestos, en una actividad que no dista mucho de aquellas que realiza el Tribunal Constitucional a través de acciones de inconstitucionalidad por ejemplo, consideramos que al Parlamento no le quedara otro camino que utilizar su facultad de aprobar, derogar y modificar normas, para ejercer su facultad legislativa de una manera más plena e irrestricta, siempre que no vulnere la Constitución. Esta constituirá una manera de "sacarle la vuelta" a estas normas que impiden el ejercicio del control político sobre la base de un criterio de oportunidad y de conveniencia. Creemos que no exista una norma que prohíba ni directa ni indirectamente esta interpretación. Sostener lo contrario supondría ubicar al Congreso por debajo o supeditado a los dictados del gobierno.

#### 4.5.6.5. La posibilidad del veto y la observación del Presidente de la República sobre la convalidación del decreto de necesidad y urgencia

Si advertimos que la convalidación del decreto de urgencia puede realizarse a través de leyes parlamentarias, se abre la posibilidad desde el punto de vista lógico y jurídico, que el titular del Poder Ejecutivo o del gobierno haga uso de su facultad de veto o de observación sobre los proyectos de ley aprobados por el Congreso aún no promulgadas por el Presidente (autógrafas). Esto plantea serios problemas al control parlamentario, sobre todo cuando se recurre al mecanismo de presentar un proyecto de ley para derogar o modificar un decreto de urgencia, por un procedimiento distinto al procedimiento específico de control.

En efecto, un punto importante a revisar lo constituye el problema del posible veto que puede hacer el Poder Ejecutivo en aquellos casos donde el Congreso modifica o deroga un decreto de necesidad de urgencia a través del procedimiento legislativo



mediante el cual aprueba leyes. Esta posibilidad ciertamente no es factible en aquellos sistemas como el español, establecido en el art. 86 inciso 2 de su Constitución, donde la convalidación se realiza a través de un acuerdo legislativo de naturaleza atípica denominado "acuerdo" parlamentario.

El veto presidencial o la observación al proyecto de ley enviado por el Congreso, en el fondo no sería sólo contra la ley convalidatoria o revocatoria en si misma, sino contra el control parlamentario mismo, hecho que carecería de sentido. Dicho veto iría contra el sentido y el espíritu de la institución de la convalidación y del propio control parlamentario, pues al final el Congreso podría ser inmovilizado y neutralizado, desnaturalizándose en los hechos dichas instituciones, al despojarla de su eficacia y de su sentido y esencia. Esta pérdida de eficacia sería consecuencia de la necesidad del Congreso de contar con una mayoría calificada para insistir en su proyecto convalidatorio ante el Gobierno, situación que implicaría en otras palabras, que una minoría controle el Congreso, y su capacidad de control.

Asimismo, admitir la posibilidad de veto, del rechazo, "implicaría un acto antijurídico a la vez que un contrasentido"<sup>901</sup>, y tornaría en irrevisable la existencia o no del estado de necesidad, por parte del Legislativo, invocado como causal de justificación por el Poder Ejecutivo. En tal sentido, no sería razonable pensar que el Poder Ejecutivo pueda vetar el rechazo dispuesto por el Poder Legislativo, porque entonces cada decreto de necesidad y urgencia devendría de inmediato en definitivo e inderogable. Como ha sostenido Sagües, el proceso más o menos sería el siguiente: el Ejecutivo legislaría con sólo un tercio de una Cámara. Esto ocurriría porque: "1) El Presidente dicta un decreto de necesidad y urgencia; 2) el Congreso sanciona un proyecto de ley derogatorio o modificatorio del decreto; 3) el presidente veta dicho proyecto; 4) una sala del Congreso no reúne los dos tercios para superar el veto; 5) en resumen, quedaría en vigor el decreto con la sola voluntad del titular del Poder Ejecutivo y el tercio de una sala que ha compartido aquel veto"<sup>902</sup>.

Pérez Hualde se vale de la teoría del acto complejo para negar la posibilidad del veto presidencial. Según dicho autor, aquí estamos ante un acto complejo, que exige la voluntad de dos órganos y ello, cuando hay rechazo por parte del gobierno no ocurre. La insistencia o el veto del Ejecutivo no podría jamás cubrir la necesaria concurrencia de dos voluntades. El rechazo hace desaparecer la condición esencial de la existencia del decretos de urgencia en tanto acto complejo<sup>903</sup>. Según Pérez Hualde, no es admisible el envío del rechazo de un decreto de necesidad y urgencia por parte del Congreso al Ejecutivo con el envío de un texto legal para su promulgación. El caso es

---

901.- Bianchi, citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 255.

902.- Néstor Sagües. Decreto de necesidad y urgencia: estado actual del problema, Revista Jurídica Argentina "La Ley". Buenos Aires, Tomo I 1992-B, 1992, pág. 922.

903.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 257.

asimilable al envío del rechazo del pliego de un propuesto magistrado o ascenso militar o nombramiento diplomático, que son todos actos complejos. Allí con el rechazo se agota el acto<sup>904</sup>.

El acto de remisión de la norma de excepción a la Legislatura tiene naturaleza de envío "ad referéndum"<sup>905</sup> y también tiene carácter de explicación de aquel que ejerce el Ejecutivo a sus jueces políticos que son los parlamentarios. Si el Poder Legislativo lo rechaza, total o parcialmente, el Poder Ejecutivo no podrá vetar dicha decisión y el decreto carecerá de validez como norma jurídica. Ese acto de rechazo no necesita ser completado con ningún otro requisito, porque se agota allí la posibilidad de existencia del acto complejo<sup>906</sup>. Finalmente, el acto de control del Legislativo sobre el decreto de necesidad y urgencia tiene una naturaleza especial por tratarse, no solamente de un control parlamentario, sino también en calidad de depositario de la facultad legislativa ejercida y en carácter de eventual acusador y juez en el posible juicio político si se comprueba que el presidente ha violado la Constitución que juró cumplir y hacer cumplir<sup>907</sup>.

Nosotros estamos en contra de esta posibilidad porque implicaría debilitar la fuerza del control parlamentario, supeditándolo la voluntad del soberano a la voluntad de un fracción del mismo o del Ejecutivo. Por ello consideramos que por vía legislativa habría que prohibirse que, el Presidente de la República observe las leyes que materialmente constituyen expresión del control parlamentario de los decretos de urgencia, no sólo las que proceden del art. 91° del Reglamento del Congreso en el caso de nuestro ordenamiento jurídico sino aquellas que se realizan a través de proyecto de ley ordinario, de acuerdo a la facultad del Congreso de expedir leyes contenido en el art. 102.

*"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:*

*1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".*

Consecuentes con estos fundamentos, se debería autorizar al Congreso a que promulgue directamente la norma que contiene el acto convalidatorio o denegatorio, para así evitarle al Poder Ejecutivo cualquier tentación de interferir en el control parlamentario que va desde el veto hasta la demora en su publicación. La naturaleza de

---

904.- *Ibíd.*

905.- Según el Diccionario Océano, ad referéndum significa "a condición de dar cuenta de. A condición de que sea aprobado por el superior o mandante". Cfr. Océano, Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, MCMXCII, Ediciones Océano S.A., 1992, Colombia, 1992, pág. 888.

906.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 257.

907.- *Ibíd.*, pág. 258.

esta suerte de promulgación autónoma no es nueva, sería asimilable a la autonomía que tiene el Congreso para promulgar su Reglamento interno. Y esta facultad de promulgar vía la remisión directa de la norma pertinente al Diario Oficial debería ser aplicable no sólo cuando se ha utilizado el canal del procedimiento específico señalado en el Reglamento del Congreso, sino cuando se ha recurrido a la facultad legislativa general (aprobar, derogar y modificar normas), pues si se le priva al Presidente de su facultad de observar las leyes, perdería en parte sentido su facultad de promulgar las leyes, dado que esta facultad no tiene otro objeto que obligar al Congreso a una segunda reflexión y revisión del decreto de urgencia en cuestión<sup>908</sup>.

Sería importante para estos efectos, diferenciar entre los actos de control de los decretos de urgencia y otras disposiciones normativas que el Parlamento puede agregar dentro del acto convalidatorio. Por ejemplo, evitar que el Congreso se valga del control de los decretos de urgencia para introducir subrepticamente verdaderas leyes y de esa manera escamotear el veto y la observancia presidencial. Ciertamente, estas otras disposiciones normativas que no tienen nada que ver con el decreto de urgencia en cuestión podrían ser objeto de observancia por parte del Presidente de la República. De lo contrario se estaría violando la Constitución.

#### **4.5.6.6. Efectos de la revocación o rechazo del decreto de necesidad de urgencia.**

Como señala Pablo Santolaya, "los decretos leyes son normas con plena eficacia pero que en el plazo de treinta días (en el caso español) han de ser convalidadas por el Congreso, para salvar su nota de esencial de provisionalidad"<sup>909</sup>. En problema que surge inmediatamente, es la determinación de cuáles son las consecuencias en el tiempo de la derogación o de la falta de convalidación que para estos efectos hay que considerar equivalente.

Conviene recordar un aspecto más, un aspecto que antes lo habíamos marcado. Y es que por el carácter provisional de los decretos de urgencia, hasta su convalidación, no producen derogación de la legislación anterior por ellos modificada, "sino simplemente una suspensión de la misma, de forma que la no-convalidación viene a significar la inmediata puesta en vigor de las leyes derogadas"<sup>910</sup>. El problema central entonces es, el de la eficacia temporal de la derogación. En otras palabras, si la derogación afecta al decreto de urgencia desde el surgimiento de la norma gubernamental (*ex tunc*) es decir, desde su expedición, o por el contrario, únicamente desde que se produce el acto formal de la derogación *ex nunc* o, en su defecto, desde

---

<sup>908</sup>- Sobre el punto de observancia de las leyes por el Presidente de la República, Marcial Rubio, *Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Editores S.A., Lima, 1988, pág. 362.

<sup>909</sup>- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 210.

<sup>910</sup>- Pablo Santolaya cita como a Mortati y a Salas como autores que sostienen esta tesis, *op. cit.*, pág. 211.

que se complete el plazo fijado, es decir, el transcurso del plazo fijado en el texto constitucional sin pronunciamiento parlamentario

#### 4.5.6.6.1. Efectos ex nunc de la derogación

Esta tesis es la recogida mayoritariamente por la doctrina, por autores como García Enterría, T.R. Fernández, Astarloa, Cruz Villalón, Torres del Moral, Soriano, Lin de Paniagua<sup>911</sup>. Como muy bien apunta Pablo Santolaya<sup>912</sup>, el empleo del término "derogación" supone que sus efectos se desarrollan desde ese mismo momento para adelante. Esta expresión indica "la pervivencia de todos los efectos de la norma hasta ese momento, y que, por tanto, su aplicación ex tunc debería haber sido expresamente previsto por la Constitución, tal como sucede con el art. 77 de la Constitución Italiana.

*"Artículo 77*

*(...) Los decretos perderán todo efecto desde el principio si sino fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación"*

Sagües señala que en Argentina, el grueso de la doctrina piensa que la derogación del decreto de necesidad y urgencia por el Congreso tiene efectos nada más que hacia el futuro<sup>913</sup>. A juicio de este autor, cabe diferenciar si la derogación se basa porque el Parlamento entendió que no hubo necesidad y urgencia justificatoria del decreto-ley, o porque no comparte (habiendo existido realmente necesidad y urgencia) lo resuelto sobre el fondo del asunto por el Poder Ejecutivo, supuesto en que se ha recurrido al principio de oportunidad. De darse el segundo supuesto, es natural atribuir efectos sólo para el futuro (ex nunc) a la norma derogatoria. Pero si el Congreso reputa por la ley que elimina al decreto de urgencia, que no medió necesidad y urgencia que explicase este, dicho decreto padece de un vicio de origen (un verdadero acto de usurpación de funciones) que lo invalida intrínsecamente; y de ahí se imponen los efectos retroactivos (ex tunc) de la derogación, como lo propone en art. 77 de la Constitución Italiana<sup>914</sup>.

En coherencia con lo que hemos venido señalando, consideramos que el congreso no es el órgano más idóneo para declarar la inconstitucionalidad, razón por la cual, no es conveniente, la recurrencia a la derogatoria ex tunc en principio. Sagües agrega que "nada obsta desde luego, que por razones de prudencia y de seguridad el Congreso

---

911.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 211.

912.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 211.

913.- Sagües, Néstor Pedro. *Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino*, En: La Ley, del viernes 15 de noviembre de 1985, Buenos Aires.

914.- *Ibídem*.



disciplina modalidades morigeatorias del efecto retroactivo de la derogación para el caso que tratamos, y aún que establezca efectos sólo para el futuro<sup>915</sup>.

Santolaya nos habla luego, de la "posición constitucional del gobierno que hace que con respecto a sus actos se pueda hablar de una "presunción de validez", y que por ser actos con fuerza de Ley esta presunción sólo puede ser desvirtuada por el Tribunal Constitucional"<sup>916</sup>. Muy ligado a este punto, y consecuencia de la propia constitucionalización de los decretos de urgencia, es que "no existen dudas acerca de la efectiva competencia propia del gobierno a la hora de producir decretos leyes y, por tanto, de su licitud, aunque provisional, sin intervención alguna de los órganos parlamentarios"<sup>917</sup>. En consecuencia, "no debe presuponer siempre y necesariamente una ilicitud inicial de todos sus efectos, y ello porque, en primer lugar, esto supondría la consideración de todo Decreto Ley como norma originalmente ilícita, y, en segundo lugar, porque la negativa a la convalidación puede ser debida a razones estrictamente políticas, de oportunidad"<sup>918</sup>. Este punto ha sido ya trabajado, recordemos el principio de colaboración entre poderes ya mencionado. Estos argumentos, nos sugieren que nos encontramos ante una simple "cesación de efectos"<sup>919</sup> de la norma gubernamental, de decadencia, y que su nulidad de efectos *ex tunc* sólo podría producirse por la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de urgencia, es decir, por "la constatación por parte del órgano habilitado constitucionalmente para hacerlo del carácter ilícito del instrumento normativo desde que fue aplicado en ese caso concreto al gobierno"<sup>920</sup>.

Tenemos que los efectos *ex tunc* crea una serie de problemas para la seguridad jurídica de un país y con lo que Santolaya denomina "situaciones jurídicas consolidadas"<sup>921</sup> durante su período de aparente vigencia, que no se solucionan fácilmente. Estos problemas han llevado a la Constitución Italiana, que abraza la decadencia *ex tunc* a matizar sus efectos autorizando al Parlamento, a regularizar con carácter retroactivo las situaciones surgidas durante la vigencia del Decreto Ley no convertido.

#### *"Artículo 77*

*...Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".*

---

915.- *Ibíd.*

916.- Pablo Santolaya, *op. cit.*, pág. 212.

917.- *Ibíd.*, págs. 212-213.

918.- *Ibíd.*

919.- *Ibíd.*

920.- *Ibíd.*

921.- *Ibíd.*

En todo caso, sea la decisión que se tome, debe tenerse presente que sistema adopta el Tribunal Constitucional del país en cuestión. En casos como el nuestro donde El Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional adopta el control ex nunc a la hora de darle efectos a sus sentencias, habría que dejar abierta la posibilidad de que el Parlamento pueda regular (en forma complementaria con el tribunal) mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convalidados, tal como lo hace el art. 77° de la Constitución italiana.

*"Constitución Política del Perú (1993)*

*Artículo 204°. La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".*

Es la única manera de poder corregir posibles y graves violaciones a la Constitución Política.

#### 4.5.6.6.2. Efectos ex tunc de la derogación

En el extremo opuesto tenemos a autores como Salas, Montero Gibert y García Morillo, Pérez Royo, Alvarez Conde, etc. Quizás el argumento más sólido que aquí podemos encontrar es que, afirmar la decadencia ex nunc supondría "reconocer un ámbito temporal de vigencia que dependería exclusivamente de la voluntad gubernativa, y que este ámbito estaría al margen de cualquier tipo de control"<sup>922</sup>, por más inconstitucional que estos sean, pudiendo llegar a situaciones realmente absurdas y/o gravísimas. Piénsese en un Decreto de Urgencia que recorta o limita derechos fundamentales. En efecto, esto sería reconocer que en un determinado lapso de tiempo, el Poder Ejecutivo, estuvo o está por encima no sólo del Congreso, sino de la Constitución. Sin embargo, habrá que hacerle la misma crítica al Tribunal Constitucional, cuando declara la inconstitucionalidad de un decreto de urgencia. Por último, el Congreso controla sobre la base de un criterio de oportunidad y no de constitucionalidad.

Aunque no tan sólido, otro argumento que se maneja es el que sostiene que la derogación viene a suponer una declaración expresa de que la norma nunca debió ser dictada por el Gobierno<sup>923</sup>. Aquí se establece una suerte de asociación e "identificación entre no-convalidación y carácter presuntamente ilícito de la norma apreciada en el trámite de control parlamentario. Sin embargo, esto no es cierto. Lo

---

922.- *Ibidem*, pág. 216.

923.- *Ibidem*.

no convalidado por el Congreso no siempre será por razones constitucionales sino por razones políticas de oportunidad. Como señala Santolaya, lo no convalidado por el Congreso responde a un criterio básicamente político de oportunidad y de conveniencia, es decir por razones diferentes a la ilegalidad e inconstitucionalidad<sup>924</sup>.

Un tercer argumento está relacionado con la naturaleza provisional del decreto de urgencia, uno de cuyos elementos esenciales lo constituye la precariedad de su provisionalidad. Desde la teoría del acto complejo, el decreto de urgencia es un acto complejo fruto de una fusión de voluntades de dos órganos, donde la invalidez o ausencia de una de ellas invalida el acto. La no-aprobación por el legislador ha privado al acto de uno de sus elementos esenciales y cae por ello fulminado, razón por la cual, se hace más acorde la teoría de los efectos *ex tunc* a la teoría de los actos complejos. No deja de ser interesante lo señalado por Salas Hernández, según el cual "si bien desde su publicación los decretos leyes son plenamente válidos y eficaces, no se debe olvidar que, como expresamente destaca el art. 86.1 de la Constitución española, se trata de disposiciones legislativas provisionales. Provisionalidad que impide la consolidación o adquisición de firmeza de los actos --favorables o desfavorables-- de la administración dictados sobre la base de aquellos y que incidan en la esfera jurídica de los ciudadanos"<sup>925</sup>. Esta calificación de provisionales lo hacen las Constituciones de Italia, España y Brasil, y tal como la doctrina lo ha demostrado, la provisionalidad es un carácter esencial de estas normas excepcionales dictadas en estado de necesidad. No pueden brotar de una norma de naturaleza provisional relaciones jurídicas permanentes y estables en el tiempo, conciencia que no es ignorada por los operadores jurídicos.

Existe entonces una suerte de precariedad de dicha norma, en razón de esta provisionalidad, razón por la cual, se hace necesario que, el Poder Ejecutivo que se ve en la situación de tener que enfrentar una crisis, un estado de necesidad, debe abstenerse de producir modificaciones de gran magnitud y duración, debe ser como decíamos consciente de la precariedad de su poder<sup>926</sup>.

La Constitución Italiana en su artículo 77 establece que a los sesenta días de su publicación, y el artículo 62 de la Constitución Brasileña, desde los treinta días de su publicación, perderán toda eficacia si no son convertidos en ley. Sin embargo, ambas constituciones establecen que el Poder Legislativo deberá legislar para las situaciones jurídicas y los derechos adquiridos durante la vigencia del decreto que finalmente no fue aprobado por ella antes del plazo resolutorio.

### *"Artículo 62°..*

---

924.- *Ibíd.*

925.- Salas Hernández, *op. cit.*, págs. 1870-1871. .

926.- Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 262.

*Párrafo único.- Las medidas provisionales perderán eficacia, desde la publicación, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación debiendo el Congreso Nacional reglamentar las relaciones jurídicas de ellas resultantes".*

*"Artículo 77...*

*Los decretos perderán todo efecto desde el principio si sino fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".*

Finalmente, tendríamos que señalar que, la opción por la derogación ex tunc no significará necesariamente, aceptar la existencia de un plazo dentro del cual el decreto de urgencia no será controlado. El decreto de urgencia puede ser analizado por el Tribunal Constitucional, pudiendo derogarlo ex tunc, si encuentra que este viola la Constitución siempre y cuando la legislación así lo señale, o se puede dejar abierta la posibilidad de la regulación de las relaciones jurídicas surgidas dentro del marco del decreto de urgencia, tal como sucede en la constitución italiana.

El único problema que existiría en el caso que el acto convalidatorio estuviere contenido o adopte forma de ley sería las normas que están en todas las Constituciones, que señalan la irretroactividad de las leyes salvo en materias muy puntuales (penal, tributaria laboral por ejemplo). Esta sería un caso donde la Defensa de la Constitución nos confronta con la misma Constitución.

#### 4.5.6.6.3. El caso de los derechos adquiridos

Tenemos también en el caso de los derechos adquiridos, un asunto íntimamente relacionado con el problema de la seguridad jurídica. En relación con el tema de los derechos adquiridos, habrá que distinguir las causas de la derogación. Es decir, si el decreto es derogado por violar la Constitución o del ordenamiento jurídico o si su derogación responde a un criterio político de oportunidad. En ese sentido, --y como afirmación general habrá que sostener-- si bien la doctrina esta de acuerdo en que cualquiera fuera la suerte del decreto de urgencia "los derechos adquiridos durante su vigencia quedan irrevocablemente adquiridos"<sup>927</sup>, conviene hacer una excepción de esta afirmación cuando el decreto de urgencia --en el marco del cual surgieron las relaciones jurídicas en cuestión-- adolecía de inconstitucionalidad.

---

927.- Ibídem, pág. 258.



En el caso de los derechos adquiridos lícitamente, la doctrina en general está de acuerdo en que cualquiera fuera la suerte del decreto de necesidad y urgencia, "los derechos adquiridos durante su vigencia quedan irrevocablemente adquiridos"<sup>928</sup>. Creemos que no podría ser de otra manera, pues de lo contrario quedarían totalmente neutralizada la eficacia de los decretos de urgencia, además de generar una grave situación de inseguridad jurídica para el ordenamiento jurídico del país.

Sin embargo de acuerdo al principio de buena fe, es necesario como decíamos hacer una excepción a esta regla, para el caso de transgresión a los límites que las Constituciones establecen para este tipo de medidas, límites que ciertamente varían de Constitución en Constitución. En definitiva, no podrá invocarse derechos irrevocablemente adquiridos como consecuencia de decretos de necesidad y urgencia que hayan traspuesto este límite material. En este caso se trataría al decir de Pérez Hualde, de "ilegitimidad manifiesta frente a la cual no existen derechos adquiridos"<sup>929</sup>. En otras palabras, el Decreto no ampara el abuso de Derecho.

#### 4.5.6.6.4. La reviviscencia de las normas suspendidas

Finalmente un tema que esta implícito a lo largo del presente capítulo, pero es necesario explicitar, es el relacionado con la vigencia de las leyes cuyos efectos fueron en forma transitoria suspendidos por el Poder Ejecutivo, a través del decreto de urgencia, en aquellos casos en que el Congreso deroga el decreto de urgencia, o este pierde vigencia como consecuencia de la falta de derogación por parte del Congreso dentro de le plazo establecido para ello.

En consonancia con la naturaleza transitoria y provisional del decreto de urgencia, la ley debería recobrar sus efectos plenos, cuando el decreto de urgencia cae. Aquí se produce lo que Javier Salas denomina reviviscencia<sup>930</sup> de las normas suspendidas o derogadas por aquel, es decir. Sin embargo, aquí tendremos un problema cual es el art. I del Título Preliminar del Código Civil Peruano, cuya fuerza es supletoria para todo el ordenamiento jurídico. En este caso, consideramos no sería aplicable lo establecido en dicha norma.

*Artículo I.- La Ley se deroga sólo por otra ley.*

*La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la*

---

928.- *Ibíd.*

929.- *Ibíd.*, pág. 259.

930.- Javier Salas, *op.cit.*, pág. 310.

*derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.*

#### 4.5.67. Relación del control parlamentario de los decretos de urgencia en relación con el control del Tribunal Constitucional y del control difuso

En esta parte queremos abordar la relación que existe entre el control parlamentario sobre la base del principio de oportunidad y el control jurisdiccional realizado por el Tribunal Constitucional así como el control difuso de los decretos de urgencia, estos dos últimos sobre el principio de constitucionalidad.

Existen aquí cuatro supuestos distintos donde se puede manifestar esta relación. En primer lugar, que el Parlamento se pronuncie primero, y en segundo lugar, que el Tribunal Constitucional se pronuncie primero sobre el decreto de urgencia. En el primer caso, habría a su vez dos posibilidades, que el Congreso derogue el decreto de urgencia -o este pierda vigencia por el silencio legislativo negativo-- o que este sea convalidado. El Tribunal Constitucional sólo podrá actuar en el caso que el Parlamento convalide dicho decreto, o aún este se encuentre con vigencia, más no en el caso que el Congreso lo derogue, o este no sea convalidado en el plazo establecido, pues en este último caso, ya no hay nada que impugnar porque la norma fue expulsada del ordenamiento jurídico, sea por el Parlamento, sea por el silencio legislativo negativo.

*"Si el Congreso ha derogado, expresamente, el Decreto Ley -y, por supuesto, si este ha decaído por haber transcurrido el plazo de los treinta días sin pronunciamiento de aquel--, el Tribunal Constitucional no podrá reconocer de recurso alguno de inconstitucionalidad ni siquiera contra el acuerdo de la derogación. La razón es bien sencilla: el acto o la disposición impugnables -el Decreto Ley--no existe ya jurídicamente. Ha desaparecido del mundo del derecho, y la técnica que lo ha dispuesto es inatacable jurisdiccionalmente, ya que, con independencia de los motivos que estén a la base de la decisión del Congreso, la derogación ex artículo 86.2 de la Constitución constituye una medida exclusivamente política, sólo juzgable desde una perspectiva de oportunidad, que, es justamente, la que está excluida de la función atribuida al Tribunal Constitucional"<sup>931</sup>.*

En la cita anterior Javier Salas nos plantea un problema que es interesante, y es si se puede cuestionar el "acuerdo de derogación" del decreto de urgencia. Él dice

---

931.- *Ibíd*em, pág. 315.

que no, sin embargo, sin dejar de estar de acuerdo, nosotros queremos explicarlo e introducir matices. En sentido estricto, el Tribunal Constitucional podría cuestionar si es que el procedimiento de convalidación no ha sido observado por el Parlamento, siempre que el procedimiento este señalado en la Constitución, situación que no es nuestro caso, más si el de España por ejemplo, y siempre, que este se exprese, a través de una ley. Piénsese en el caso en que no obstante vencido el plazo para que el Congreso intervenga, el Congreso convalida el decreto de urgencia, aquí podría concurrirse ante el Tribunal Constitucional, por convalidación extemporánea. Sin embargo, el contenido del acuerdo, esto es las razones y los criterios sobre la base de los cuales se convalidó el decreto de urgencia son inobjetables por el Tribunal, porque este es en ejercicio del principio de oportunidad, propio de todo órgano político con capacidad para adoptar decisiones según su libre criterio y libertad política.

Lo más lógico es que el Congreso se pronuncie primero, y luego el Tribunal por la lentitud del procedimiento de este último, y los plazos sumarios que se establecen para el control parlamentario. Sin embargo, en el hipotético caso, que primero se pronuncie el Tribunal Constitucional, existirían a su vez dos posibilidades, que el Tribunal lo declare inconstitucional o constitucional. En el primer caso, la consecuencia será que el decreto de urgencia sería expulsado del ordenamiento jurídico, supuesto en el que pierde sentido y razón de ser el pronunciamiento y el control del Congreso, salvo que quiera darle vida al decreto de urgencia, pero esta vez ya a través de una ley distinta al decreto de urgencia, y no dentro del procedimiento específico de control de los decretos de urgencia, y en ejercicio de su facultad legislativa. El otro caso es cuando el Tribunal declara constitucional el decreto de urgencia, en este supuesto, el Congreso si podría pronunciarse y eventualmente derogarlo, pero claro está, no en razón de su presunta inconstitucionalidad, sino en razón de su inoportunidad o inconveniencia, según el criterio de la propia representación nacional.

*"Si interpuesto el recurso contra el Decreto Ley antes de que el Congreso se haya pronunciado, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del mismo, igualmente con anterioridad a tal pronunciamiento -hipótesis, por lo demás, harto improbable en la práctica--, la sentencia vinculará al Congreso, de modo que éste no podrá ya, si la declaración de inconstitucionalidad afecta a la totalidad del Decreto-Ley, acordar su convalidación"932.*

En todo caso debemos precisar, en el supuesto que el decreto de urgencia tenga aún vigencia, que el pronunciamiento del Congreso de acuerdo al procedimiento específico de convalidación parlamentaria no enerva la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del correspondiente recurso impugnatorio -- de

---

932.- Ibídem, pág. 316.

inconstitucionalidad en el caso peruano --. Como señala Javier Salas, "la convalidación parlamentaria no vincula en modo alguno al Tribunal Constitucional"<sup>933</sup>. Y no vincula por una razón sencilla, porque no hablamos de un procedimiento análogo o similar, pues mientras el Control jurisdiccional evalúa la constitucionalidad de los decretos de urgencia, el control parlamentario analiza la oportunidad y conveniencia de la misma. En otras palabras:

*"A pesar del término utilizado por el constituyente, la "convalidación" de un Decreto-Ley efectuada por el Congreso no subsana, en absoluto, los vicios imputables al mismo. En particular, si no existe el "caso de extraordinaria y urgente necesidad" o si afecta a materias excluidas constitucionalmente de su ámbito, tal convalidación es irrelevante a los efectos de un recurso de inconstitucionalidad. La existencia o inexistencia del presupuesto de hecho habilitante no es una cuestión que pueda remitirse, exclusivamente, a una valoración política por parte del Parlamento. (...) Si en ausencia de estos (presupuesto de hecho habilitante) el Decreto-Ley es emanado y, luego, el Congreso lo convalida, no por ello, insistimos, queda subsanado tan relevante defecto"<sup>934</sup>.*

La razón de la no-vinculación ante el Tribunal Constitucional de la convalidación del decreto de urgencia por parte del Congreso, lo repetimos una vez más, está en que, el Congreso "(...) ejerce, fundamentalmente, un control de tipo político y, aunque hubiera hallado jurídicamente correcta la actuación gubernamental al emanar el Decreto-Ley, ello no empece (...) no sólo que el citado Tribunal conozca de una eventual impugnación contra el mismo, sino que llegue, incluso, a declararlo inconstitucional"<sup>935</sup>.

Finalmente, un último supuesto es el que ocurre cuando el Tribunal lo declara inconstitucional y ordena su derogación no obstante que el Congreso lo había convalidado. Habrá que afirmar que el decreto de urgencia será derogado, dejará de existir, en todo caso, si el Congreso de acuerdo a su soberanía legislativa y a su criterio de oportunidad quisiera que dicho decreto de urgencia sea una ley, lo que podría hacer es dar una ley en ejercicio de su facultad legislativa que contenga la misma materia del decreto de urgencia declarado inconstitucional. En este caso, la ley aprobada por el Congreso, conteniendo la materia del decreto de urgencia declarado inconstitucional por el Tribunal sería incuestionable por el Tribunal, salvo que, viole en

---

933.- Ibídem, pág. 314.

934.- Ibídem, pág. 315.

935.- Ibídem, pág. 314.



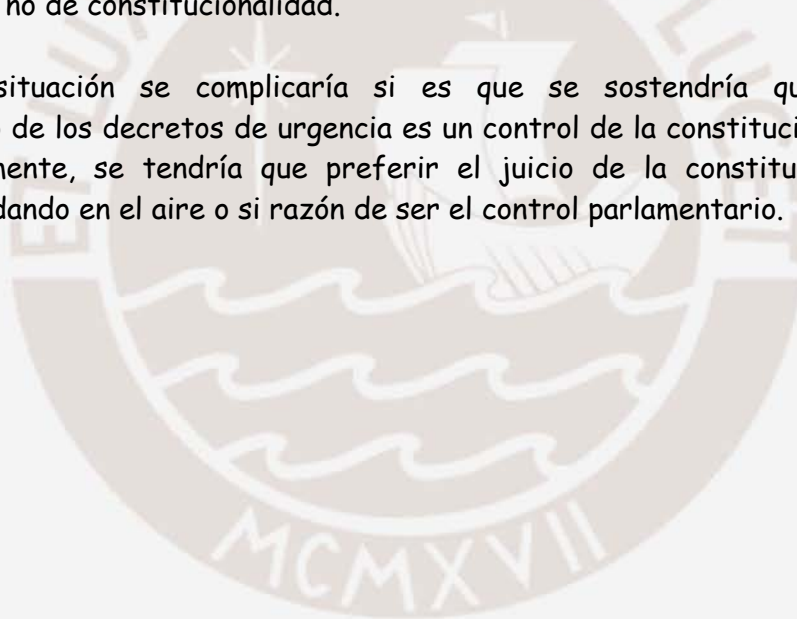
el algún extremo la Constitución, lo que será motivo de una nueva acción de inconstitucionalidad.

#### 4.5.6.8. Relación del control difuso y el control parlamentario

En principio, todo decreto de urgencia que haya sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional vía acción de inconstitucionalidad, será expulsado del sistema jurídico, por lo que los jueces estarán en la obligación de no aplicarlo.

Sin embargo, nuestro supuesto aquí en distinto, es el que ocurre con los decretos de urgencia que no habiendo sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional si hayan sido convalidados por el Congreso, y que a juicio de los jueces sean manifiesta y notoriamente inconstitucional. En este caso, consideramos que los jueces podrán inaplicar para el caso concreto el decreto de urgencia, sobre la base de un control de la constitucionalidad. En este caso, la razón es también clara, el Congreso ha realizado un control de la oportunidad y de la conveniencia del decreto de urgencia, más no de constitucionalidad.

Esta situación se complicaría si es que se sostendría que el control parlamentario de los decretos de urgencia es un control de la constitucionalidad, pues ahí prácticamente, se tendría que preferir el juicio de la constitucionalidad del Tribunal, quedando en el aire o si razón de ser el control parlamentario.



*"El caos y la corrupción, la falta de identificación con los grandes intereses nacionales de algunas instituciones fundamentales, como el Poder Legislativo (...) traban la acción del Gobierno orientada al logro de los objetivos de la reconstrucción y el desarrollo nacionales (...) La actitud irresponsable y negativa de los parlamentos no respeta, tampoco los mandatos constitucionales, los cuales son velados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley N° 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República...(que) pretende maniatar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar".*

*Presidente Alberto Fujimori*

1

## **CAPITULO V**

### **EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN EL PERÚ**

En este quinto y último capítulo analizaremos el control parlamentario de los Decretos de Urgencia en el Perú. La idea, es confrontar y aplicar los diferentes conceptos y nociones planteados durante los capítulos pasados con la realidad jurídica del control de este tipo de normas en nuestro país. Tenemos entonces gruesamente dos partes. En una primera se analiza los antecedentes históricos, es decir, todo el proceso de evolución y de toma de conciencia de la necesidad de realizar el control parlamentario de los decretos de urgencia. En un segundo momento se analiza el control de los decretos de urgencia hoy en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Al final se concluye con un borrador de proyecto de ley, que quiere recoger las diferentes propuestas esbozadas a lo largo del trabajo.

Una de las premisas de la cual partimos en esta parte del trabajo, y que puede parecer un tanto obvia, es que no se trata ya de debatir acerca de la prohibición o no de la utilización de los decretos de urgencia, sino, antes bien de lo que se trata --tal como sostiene Eguiguren-- es de regular, limitar, y sobre todo de controlar la utilización de esta institución, para disminuir --imposible evitar-- al máximo posible la discrecionalidad y el abuso en su utilización por parte del Ejecutivo<sup>2</sup>, para otra cosa o finalidad que no sea lo que la Constitución le ha encargado.

Los decretos de urgencia son hoy una realidad que ha sido plasmada en la Carta de 1993, realidad que se impuso desde antes, aún cuando la misma no fue recogida por la Constitución de 1979, pese a la solicitud de la bancada del Partido

---

1.- Manifiesto a la Nación el 5 de abril de 1992. Ver el Diario "El Peruano", de fecha 6 de abril de 1992.

2.- Eguiguren Praeli, Francisco, La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993, en: La Constitución de 1993, CAJ, Lima, 1994, pág. 191.

Popular Cristiano (PPC) en la Constituyente<sup>3</sup>. Sin embargo, lo mismo no ha ocurrido con el procedimiento de control parlamentario de estas normas. En efecto, si bien los decretos de urgencia fueron recogidos en la Constitución de 1993, no quedó suficientemente claro el procedimiento de control de la utilización de esta atribución por parte del Congreso. Vacío que el Reglamento del Congreso de la República --aprobado por el Congreso Constituyente Democrático-- intentó suplir, pero con algunas limitaciones.

Consideramos que el control parlamentario de los decretos de urgencia ha sido en nuestro medio, fruto de un largo proceso donde así como se pueden advertir notables avances y esfuerzos en su regulación y control (Ley N° 25397, Ley de control de los actos normativos del Presidente de la República), también ha experimentado retrocesos. Estamos ante un tema siempre abierto a la discusión, cuyo proceso de regulación se vio de alguna manera interrumpido por el golpe del 5 de abril de 1992, pero que reclama antes que nada, una comprensión adecuada sobre la verdadera naturaleza de esta institución. Si bien la regulación legislativa de los decretos de urgencia, fue un hecho posterior, la regulación y de control parlamentario de estos fue un hecho aún posterior. No sólo fue necesario que el legislador se convencieron de la necesidad de establecer algún tipo de control de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, fue también necesario la existencia de una coyuntura política como la Congreso de 1990 a 1992, dónde el Gobierno no tuviera mayoría en el Congreso, para que legisle una ley --como la N° 25397-- de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República, situaciones que como sabemos no son nada frecuentes.

Finalmente, y ahí coincidimos con Carlos Cárdenas Quiróz cuando sostiene que, es necesario "promover un gobierno técnico, con capacidad de decisión, pero sin renunciar al control político que es una función elevada en manos de legisladores responsables"<sup>4</sup>. Fortalecer el control del Congreso no quiere decir debilitar el gobierno, así como fortalecer el Gobierno tampoco quiere decir debilitar al Congreso, creemos por ello que se puede tener ambos poderes fortalecidos sin renunciar a un control parlamentario pronto y eficaz.

## **5.1. EL CONTROL PARLAMENTARIO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO**

### **5.1.1. La función de Control Parlamentario en el Constitución Política de 1993**

---

3.- Marcial Rubio y Enrique Bernaldes, Constitución y Sociedad Política, Mesa Editores S.A. Lima, 1988, pág. 399.

4.- Carlos Cárdenas Quiróz, Decretos de Urgencia, Suplemento Dominical del Diario "El Comercio" de fecha 9 de setiembre de 1990.

A diferencia del artículo 66.2 de la Constitución Española<sup>5</sup> nuestra actual Constitución omite hacer mención alguna a la función de control del Congreso en si misma aún cuando recoge y plasma diferentes instrumentos e instituciones que cumplen esa función. En efecto, no obstante esta ausencia, nuestra Carta Política recoge diferentes instrumentos de control parlamentario del Gobierno que la doctrina y la legislación comparada aceptan. La estación de preguntas (129°), la facultad de formular preguntas y pedir informes (96°), la Interpelación al Consejo de Ministros o cualquier de los ministros (131°), la posibilidad de nombrar Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público (97°), el planteo de la cuestión de confianza del Congreso al Presidente del Consejo de Ministros (art. 130°), el voto de censura al Consejo de Ministros que ocasiona la renuncia del Ministro (132°), la acusación constitucional (99°), etc.

La ausencia de una norma constitucional que establezca en forma clara y precisa la facultad del Congreso de controlar los decretos de urgencia, tal como ocurre, con la Carta Política española o italiana, originó no sólo el retraso y la demora por parte de la representación nacional en la legislación sobre este tema, sino que el Congreso y el Gobierno, no se pusieron de acuerdo en la necesidad de regular sobre este tema, como veremos a continuación. Esto obliga a que el Congreso tuviera que fundamentar el control de los decretos de urgencia en otro precepto constitucional. En efecto, tal como se señala en el art. 2° de la autógrafa de la ley mediante la cual, se aprobaba la "Ley de control de actos normativos del Presidente de la República" (Ley N° 25397), los actos y procedimientos de control a que se refiere la presente Ley se sustentan en lo dispuesto en el inciso 2 del art. 186° de la Constitución Política de la Constitución de 1978.

*"Artículo 186°.- Son atribuciones del Congreso*

*2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".*

Esta autógrafa que luego se convirtió en la Ley 25397, fue objeto de observaciones por parte del gobierno, observaciones que en nuestro criterio expresan el punto de vista del gobierno, responsable y autor de la expedición de los decretos de urgencia. El Gobierno, mediante oficio N° 005-92-PR precisaba que, tal interpretación de los alcances del inciso 2 del artículo 186° por parte del Congreso es absolutamente errónea dado que la referida norma no faculta al Congreso para controlar las atribuciones del Presidente de la República. Ello significaría desconocer el principio de división de poderes del Estado, y la

---

5.- Que señala que "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución".



atribución específica de competencias que la Constitución establece para cada uno de los órganos del Estado<sup>6</sup>.

La función de control parlamentario no se agota en la función legislativa, y en consecuencia, debió haberse señalado en la Constitución Política de 1993, tal como se hace en el Reglamento del Congreso de la República, la específica función de control del Congreso, de manera similar como lo hace la Constitución Española por ejemplo.

### 5.1.2. La función de Control Parlamentario en el Reglamento del Congreso de la República vigente

La función de control del parlamento encuentra específica regulación en el Reglamento del Congreso vigente aprobado por el Congreso Constituyente Democrático<sup>7</sup>. Según su art. 1, el Reglamento no sólo tiene fuerza de ley, sino que entre otras cosas "precisa las funciones del Congreso...". El control político, sin embargo, es definido en los artículos 2º y 5º del Reglamento.

*"Artículo 2.- El Congreso de la República es el órgano representativo de la nación, encargado de realizar las funciones legislativas, del control político y las demás que establece la Constitución del Estado..."*

Sin embargo, será en el artículo 5º donde el Reglamento desarrollará más en extenso el control político a su cargo, que hace mención en el art. 2º el mismo cuerpo normativo.

#### ***"Función del control político***

*Artículo 5.- La función del control político comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento del mensaje anual del Presidente de la República ante el Congreso y el antejuicio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*

---

6.- Oficio N° 005-92-PR dirigido por el Presidente de la República al Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República, de fecha 7 de enero de 1992.

7.- En sesión del Pleno celebrada el 13 de mayo de 1995, y conforme a la autonomía reglamentaria que le concede el artículo 94 de la Constitución Política del Perú.

Nótese, sin embargo, como no se hace ninguna mención de los decretos de urgencia, más si de la delegación de facultades legislativas, salvo que se quiera entender dentro de esta última, a los decretos de urgencia. En todo caso para evitar problemas y complicaciones debió el art. 5 del Reglamento también incluir a los decretos de urgencia<sup>8</sup>. Conviene, además, hacer mención del artículo 3° del Reglamento, pues en ella se establece la soberanía y autonomía del Congreso en el cumplimiento de sus funciones. Los anteriores artículos deberían ser en ese sentido, interpretados y concordados con este artículo.

*"Artículo 3.- El Congreso es soberano en sus funciones. Tiene autonomía normativa, económica y administrativa".*

Aún cuando está implícito, y teniendo en cuenta que los diferentes instrumentos parlamentarios tienen una función polivalente, la facultad legislativa de aprobar, modificar y derogar leyes constituye un instrumento de control parlamentario de los decretos de urgencia, facultad que se encuentra en el art. 4 del Reglamento del Congreso.

*"Artículo 4.- La función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución Política y el presente Reglamento".*

Esta norma no hace otra cosa que ratificar lo que la Constitución ya había establecido en el inciso 1 del artículo 102°, que es la atribución del Congreso para aprobar, modificar y derogar leyes. Esta facultad es importante, como canal alternativo para controlar de los decretos de urgencia, como antes lo decíamos.

*"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:*

*1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".*

En el capítulo VI del Reglamento, en el art. 64° para ser más exactos, se desarrollan los procedimientos parlamentarios, que son clasificados de tres tipos: el *procedimiento legislativo*, *procedimientos del control político* y lo que el Reglamento del Congreso denomina *procedimientos especiales*. Del artículo 82° al 92° del Reglamento se desarrollan lo que antes denomina los procedimientos de control político. Tenemos así, la Investidura del Consejo de Ministros (art. 82°), la interpelación de los miembros del Consejo de Ministros (art. 83°), la Invitación a los miembros del Consejo de Ministros para informar (art. 84°), las Preguntas al

---

8.- Se podría decir que, en el caso de los decretos de urgencia, la delegación de facultades la haría la Constitución misma, ante la ocurrencia de diferentes circunstancias, a diferencia de los decretos legislativos, donde sería el propio Congreso quien delega las facultades legislativas.

Gobierno (art. 85°), la Moción de censura y cuestión de confianza (art. 86°), la Solicitud de información a los ministros y la administración (art. 87°), El Procedimiento de investigación (art. 88°), el Procedimiento de acusación constitucional (art. 89), el Procedimiento de control sobre la legislación delegada (art. 90°), el Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia (art. 91°) y finalmente, el Procedimiento de control sobre los tratados internacionales ejecutivos (art. 92°).

No estamos de acuerdo, con identificar determinadas instituciones parlamentarias y no otras con el control parlamentario. El control parlamentario, como ya hemos señalado, se vale diferentes procedimientos para su realización, sea en forma inmediata o mediata como ya vimos. Este aspecto se explicó al desarrollar el concepto de lo que García Fernández y Manuel Aragón denomina "polivalencia funcional". En el caso específico del control parlamentario de los decretos de urgencia, apreciamos como este tenía una dimensión legislativa<sup>9</sup> y una dimensión de control al mismo tiempo.

## **5.2. ANTECEDENTES DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA**

Es necesario distinguir entre el control parlamentario de la acción gubernativa en general en todas sus manifestaciones, y un aspecto puntual y específico que es el control parlamentario de los decretos de urgencia. No es nuestro objetivo desarrollar el control parlamentario en general, tema tan vasto como interesante, sino el control parlamentario de los decretos urgencia. Baste con ubicar dentro de la categoría de control parlamentario del Gobierno el control que hace el Congreso de los decretos de urgencia.

Encontrar los antecedentes del control parlamentario de los decretos de urgencia, es una tarea más complicada de lo que puede ser la búsqueda de los antecedentes de los decretos de urgencia en sí mismos. Obviamente sólo tendrá sentido indagar por el control de los decretos de urgencia, recién cuando existe los decretos de urgencia o alguna figura análoga.

Los antecedentes de los decretos de urgencia los podemos encontrar en la Constitución de 1933, sin embargo, será a partir de la Carta de 79, que se puede hablar con propiedad de decretos de urgencia (más allá de la denominación que estos asuman), y que este es utilizado sistemática y abiertamente en nuestro ordenamiento y es objeto de análisis y reflexión. En tal sentido, a diferencia de la función de control del Congreso que en general la podemos rastrear desde la primera Constitución Política de 1823, los primeros esfuerzos e indicios de un control parlamentario de los decretos de urgencia lo podemos encontrar en la

---

9.- En el dictamen de los proyectos de ley de Alberto Borea y Joffre Fernández, se señala que, la función de control parlamentario de los decretos presidenciales de urgencia tiene "la finalidad de que el Congreso ejercite su función legislativa indirecta (...)".

Constitución de 1979, pese a que esta carta no los reguló en forma clara y precisa, dejando abierta la posibilidad para que por vía interpretativa y por vía de lo que la doctrina denomina mutación constitucional esta institución surgiera.

Desde nuestro punto de vista, el control parlamentario existió de una manera más empírica utilizando la misma Constitución, a través de la facultad de aprobar y derogar leyes del Congreso, más que a partir de la obligación expresada en el simple "dar cuenta al Congreso", tan lleno de ambigüedades e imprecisiones. La lucha por establecer un control parlamentario no ha sido fácil. Ella ha sido fruto de un proceso que si bien tiene manifestación jurídica es un problema en su esencia político, de lucha por el poder, por lograr consensos y de aprovechar determinadas coyunturas, cuando el gobierno carecía de mayoría en el Congreso. No ha sido un proceso progresivo y lineal, antes bien ha habido retrocesos. Esto obviamente, no fue tan esquemático, pues nos encontramos con normas contradictorias, con procesos políticos que dejaron en el aire normas, muchas veces contradictorias. Todo lo cual nos obliga a ensayar una ordenación cronológica de acuerdo a las normas que se han estado expidiendo. Ciertamente, como toda cronología esta es arbitraria, sin embargo, nos permite apreciar como se ha ido avanzando en regular este tipo de normas y en ordenar toda la información que tenemos de una manera más clara.

#### **5.2.1. Primer Período: 1933-1979 (La obligación legal de dar cuenta)**

Este primer período podríamos ubicarlo en forma un poco arbitraria desde la promulgación de la Constitución de 1933 hasta la Constitución de 1979, pasando por la expedición de las leyes N° 14953 del 10 de marzo de 1964; la N° 16701 del 31 de octubre de 1967; y la N° 17044 del 20 de junio de 1968.

Estas normas aún cuando estructuralmente, guardan más cercanía con los decretos legislativos, pues deben de existir una previa autorización legislativa del Congreso, tienen de común con los hoy denominados decretos de urgencia, además de la situación urgente; el hecho que luego que el gobierno ha expedido las normas de emergencia a la que fue autorizado por el Congreso, se establece en estas mismas leyes, la obligación de dar cuenta al Congreso del uso que haya hecho de estas facultades.

Lo que caracteriza este primer período es que, si bien no existe una obligación constitucional que obligue al Gobierno a dar cuenta al Congreso de la expedición de normas en situación de urgencia, si se establece esta obligación en forma puntual en las diferentes leyes aprobadas por el Congreso en el marco de la Constitución de 1933. En efecto, al lado de la autorización al gobierno para expedir normas de emergencia, establece la obligación de dar cuenta al Congreso. La diferencia en definitiva con lo que sucederá a partir de 1979, es que esta obligación de dar cuenta será legislativa no constitucional. Esto significa, que dependerá de la coyuntura, de la correlación de fuerzas políticas en el Congreso, el



establecimiento de este tipo control. Vale la pena citarlos en la medida que constituye el antecedente de la obligación de "dar cuenta", objeto de tantos debates y discusiones posteriormente.

#### 5.2.1.1. El Control Parlamentario de las normas de emergencia en la Constitución de 1933

No obstante, que la doctrina nacional encuentra los antecedentes de los que hoy denominamos los decretos de urgencia --e incluso de los Decretos Legislativos-- en los artículos 40° y 49° de la Constitución Política de 1933<sup>10</sup>, no podemos decir lo mismo de control parlamentario de este tipo de normas. La Constitución de 1933 consigna dos artículos donde algunos autores creen encontrar los antecedentes de los hoy llamados decretos de urgencia.

*Artículo 40° (...) Cuando así lo exija la **seguridad nacional o la necesidad pública**, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación".*

*"Artículo 49°.- En **circunstancias extraordinarias de necesidad social**, se puede dictar leyes, o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar las subsistencias. En ninguno de estos casos se expropiará bienes sin la debida indemnización".*

Como apreciaremos en los artículos 40° y 49° de la Carta Política de 1933<sup>11</sup>, los antecedentes de los actuales decretos de urgencia y de los decretos legislativos no contenían ningún tipo de control parlamentario específico para el caso de este tipo de medidas. Conviene tal vez precisar que ambos artículos hacen referencia a cierta "autorización del Congreso al Gobierno". Esto puede significar una suerte de control parlamentario preventivo, pero no en el sentido que nos interesa, si recordamos que el control parlamentario de los decretos de urgencia es posterior supone la existencia de una previa actividad del gobierno, sobre la cual recaerá el control. Así podremos, sin mayor dificultad concluir que aquí no existe un control parlamentario efectivo, pues no hay nada que controlar.

---

10.- Consultar Eguiguren, Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990, CAJ, Lima, 1990, pág. 213; y Piedad Pareja-Pflucker, Atribuciones Constitucionales del Presidente de la República, Ediciones Rikchay Perú, 1987, pág. 77.

11.- No queremos dejar de mencionar que ambas normas contienen una suerte de mezcla si es que no-confusión entre lo que hoy llamamos los decretos de urgencia y los decretos legislativos. Los artículos en mención constituyen antecedentes de las dos instituciones jurídicas antes mencionada.

Vemos pues como en la Constitución de 1933, el Congreso carece formal y materialmente de participación alguna en la elaboración y menos aún en el control de dichas normas. Esto no enerva que posteriormente el Congreso pueda en atribución de su facultad legislativa, derogar esta norma. De este modo, el Congreso carecía de instrumentos de *control específico*, sin lugar a dudas sobre normas con rango de ley en sentido material. Es decir, de carácter general, diferente de la facultad general de aprobar y derogar leyes que la propia Carta de 1933 le reconocía, que constituía un canal de control parlamentario de este tipo de normas.

Decíamos antes, si bien no se dice nada acerca del control parlamentario una vez que esta haya sido expedida por parte del gobierno, en la misma Constitución de 1933 existía una norma que pudo ser utilizada para realizar el control de este tipo de medidas. El Congreso siempre contó la facultad del artículo 123° inciso 1 de dicha Carta Política:

*"Artículo 123°.- Son atribuciones del Congreso:*

*1.- Dar leyes, interpretar, modificar y derogar las existentes".*

En el marco de la Carta de 1933 se dictarán una serie de leyes, que explicitarán en forma gradual, la facultad del Parlamento de revisar y de esa manera controlar las normas que el Gobierno haya expedido, invocando los artículos 40° y 49° de la Carta de 1933 que antes mencionábamos. A continuación mencionaremos algunas a manera de ilustración.

#### 5.2.1.2. Ley N° 14953

Dentro del marco de la Constitución Política de 1933, con fecha 10 de marzo de 1964, el Presidente Fernando Belaúnde promulgó la ley N° 14953, autorizando al Poder Ejecutivo para adoptar medidas con el objeto de lograr el abaratamiento de las subsistencias. En el artículo 3 de dicho ley, se puede encontrar quizás el primer --o uno de los primeros-- indicios del control parlamentario de los decretos de urgencia.

*Artículo 3°.- El Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Agricultura dará cuenta al Congreso, periódicamente, de las medidas que adopte en relación con el abaratamiento de las subsistencias en el Perú.*

#### 5.2.1.3. Ley N° 16701

Posteriormente, y casi en el mismo tono, el 31 de octubre de 1967, tres años después de la ley 14953, el mismo Presidente Belaúnde promulgó la ley N° 16701, autorizando al Poder Ejecutivo para adoptar medidas para el abaratamiento de las subsistencias.

*Artículo 3º.- El Poder Ejecutivo mensualmente dará cuenta al Congreso, de las medidas que adopte y de sus resultados.*

Como vemos, se dan los primeros pasos en los que puede ser la institucionalización de la obligación del Congreso de dar cuenta al Congreso.

#### 5.2.1.4. Ley N° 17044

Un antecedente de los decretos de urgencia y del control posterior sobre estas normas lo encontramos también en la ley N° 17044 de fecha 20 de junio de 1968. En dicha norma, se confería autorización al Gobierno para que, en el plazo de sesenta días dictará:

*"Artículo Único.- (...) medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, para fortalecer la balanza de pagos internacionales del país y para fomentar el desarrollo integral de nuestra economía...las medidas que se dicten en uso de las autorizaciones contenidas en esta ley, se expedirán por decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, con cargo a dar cuenta en cada caso al Congreso Nacional".*

Comentando dicha norma el profesor Eguiguren sostiene que esta "conserva la fórmula híbrida de las normas constitucionales de la Carta Política de 1933, articulando la delegación legislativa con la existencia de situaciones excepcionales; en segundo lugar, utiliza expresamente las frases dictar medidas extraordinarias y dar cuenta al Congreso", las mismas que van a ser repetidas por el inciso 20 del art. 211 de la Constitución de 1979, y posteriormente por la Carta de 1993, "...pudiendo afirmarse que seguramente deviene en importante antecedente que --de alguna manera-- debe haber inspirado el actual texto constitucional"<sup>12</sup>.

Tal parece que, aquí nos encontramos ante el primer esfuerzo por positivizar la intervención y el control del Congreso en la expedición de estas medidas de carácter extraordinario. El dar cuenta al Congreso no es garantía de un eficaz y oportuno control por parte de la representación nacional, no obstante, al parecer se va tomando conciencia, de la necesaria mediación y fiscalización por parte de este, a tal punto que es significativo cuando se dice que se va a dar cuenta al Congreso "en cada caso".

#### **5.2.2. Segundo Período: 1979- 1992 (Constitucionalización de la obligación de dar cuenta)**

---

12.- Eguiguren, Los retos de una democracia insuficiente..., pág. 214.

Este período se inicia con la Constitución de 1979, donde se constitucionaliza la obligación del gobierno de dar cuenta al Congreso y se extiende hasta la aprobación de la Ley N° 25397 el 2 de febrero de 1992.

Este período se caracterizará entonces, a diferencia de la etapa anterior, en que la obligación de dar cuenta adquiere jerarquía constitucional. Sin embargo, el control de estas normas se complicará de alguna manera por la falta de claridad y precisión en muchos aspectos, uno de los cuales es la definición del rango de los decretos supremos extraordinarios (decretos de urgencia) que no trataremos aquí por escapar al tema en cuestión<sup>13</sup>.

La obligación de dar cuenta, fue interpretada de diferentes maneras. Para el gobierno de turno y por un sector de la doctrina por ejemplo, el dar cuenta constituía una simple acción informativa del Gobierno ("Dese cuenta"). Para otro sector de la doctrina, constituía la obligación de someterse a un verdadero y sustancial proceso de control parlamentario, con plena facultad de modificar el decreto objeto de control. No obstante ello, en relación con los antecedentes, constituye un paso adelante, en los esfuerzos por controlar el ejercicio del poder político en el caso de los decretos de urgencia. Sin embargo, los constitucionalistas y los propios parlamentarios no se contentaron con lo establecido en el precepto constitucional, prueba de ello son los diferentes proyectos presentados con el objeto de regular el control parlamentario de los decretos de urgencia, y que más adelante.

#### 5.2.2.1. Constitución Política de 1979

Como sabemos, a diferencia de los decretos legislativos, los decretos de urgencia no fueron regulados en la Constitución de 1979 con la debida y necesaria claridad y precisión. Esto dio pie, no sólo a un debate académico sino sobretodo a diferentes enfrentamientos políticos, uno de cuyos ejes de discusión más controvertidos fue el rango de estos decretos presidenciales o decretos supremos de urgencia.

La Constitución Política de 1979 establecía en dos oportunidades aún cuando sin la debida coherencia y técnica legislativa el tema de los decretos de urgencia. Primero en el artículo 132° y luego en el artículo 211° numeral 2014.

---

13.- En concreto, si este es una ley o si es una norma administrativa. Esta discusión tenía una enorme importancia, pues de ella dependía si su impugnación se realizase a través de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales en caso de considerársele con rango de ley, o a través de una acción popular a través del Poder Judicial si se le asignaba fuerza de una norma administrativa como puede ser un decreto supremo.

14.- Aún cuando no sea una posición mayoritaria, algunos constitucionalistas como Piedad Pareja Pflücker, consideran también el inciso 18 del art. 211° de la Carta Política de 1979.



*"Artículo 132° En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario".*

*"Artículo 211°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República.*

*20.- Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso."*

Tal como lo señala la doctrina extranjera y algunos autores nacionales, la dación de cuenta que consagraba la Constitución de 1979 era obligatoria para el Ejecutivo en los casos previstos por la Constitución, y del mismo modo, era obligatorio para el Congreso el pronunciarse sobre los actos de los que se ha dado cuenta<sup>15</sup>.

Como decíamos al inicio de este capítulo, si bien los decretos de urgencia son una institución que existía en diversas constituciones en el momento de la aprobación de la Constitución de 1979, sin embargo, no fue incorporada en esa Carta Política. La Asamblea Constituyente elegida en 1978, descartó el planteamiento del PPC para incorporar los decretos de urgencia, propuesta que habiendo ganado aprobación en la Comisión Principal, finalmente no fue aprobada en el Pleno. Sin embargo, simultáneamente y sin mayor coordinación, se aprobó el artículo 211°, el cual en su inciso 20, contenía una norma similar, la que si bien confería al ejecutivo la facultad de dictar "medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional", no era llamado decreto de urgencia. Esta indecisión llevó en su momento, a un debate doctrinal sobre la existencia o no de los decretos de urgencia en el ordenamiento constitucional<sup>16</sup>.

---

"Artículo 211°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República. 18.- Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, la integridad del territorio y la soberanía en caso de agresión". Como sostiene esta autora, la potestad presidencial prevista en el inciso 18, de adoptar las "medidas necesarias" en materia de Defensa Nacional, ante la circunstancias de agresión no tiene precedente en la Constitución de 1933, y su inclusión responde al papel preponderante del Presidente de la República en la Constitución de 1979 y en particular en el Sistema de Defensa Nacional. Ver: Piedad Pareja Pflücker en: Atribuciones Constitucionales del Presidente de la República, Ediciones Rikchay Perú, Lima, 1987, pág. 76. Aún cuando no sea una posición mayoritaria.

15.- Enrique Bernaldes, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990, pág. 150-151.

16.- Ver al respecto las diversas posiciones de: Carlos Chipoco Cáceda, op. cit., pág. 18..

Finalmente, la posición mayoritaria --asumida por los gobiernos que ejercieron el poder ejecutivo durante la vigencia de esta norma constitucional-- fue que al margen de que no fue pensada ni elaborada por los constituyentes con tal propósito, sin embargo, la posibilidad de dictar "medidas extraordinarias" se refería a la naturaleza de los decretos de urgencia, incorporándose así por una suerte de mutación constitucional<sup>17</sup> plenamente ejercida durante los gobiernos constitucionales del Arquitecto Fernando Belaúnde Terry, el Dr. Alan García Pérez y el período constitucional del gobierno del Ingeniero Fujimori<sup>18</sup>.

Como sostiene Carlos Chipoco, una de las lamentables consecuencias de la incorporación asistemática de los decretos de urgencia, sin siquiera denominarlos como tales, fue **la ausencia de mecanismos de control efectivo de la legislación de urgencia**<sup>19</sup>. Mientras en el modelo constitucional español, el que probablemente inspiró la interpretación del artículo 211º, se preveía claros mecanismos de control parlamentario de los decretos de urgencia, la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras no incorporaron mecanismos legislativos de control alguno, salvo el muy general de dar cuenta al Congreso.

El problema que se planteaba con este artículo era que; No obstante, que el art. 211º inciso 20 señalaba que de las medidas extraordinarias dictadas por el Poder Ejecutivo se debe "dar cuenta al Congreso", no se precisa las características y la naturaleza de este procedimiento, ni sus alcances, plazos y efectos. Esto motivo que surgieran básicamente dos corrientes de opinión<sup>20</sup>. La primera sostenía que se trataba de un procedimiento meramente informativo, destinado a que el Poder Legislativo tome conocimiento de los derechos dictados por el Gobierno<sup>21</sup>. Para estos, "Tales medidas no están sujetas a la ratificación del Poder Legislativo" ni al pronunciamiento posterior de éste. La Constitución exige sólo que se dicten con cargo a dar cuenta al Congreso"<sup>22</sup>.

---

17.- La "mutación constitucional" es la modificación mediante la práctica política de las normas constitucionales. Kelsen sostiene que el hecho denominado como "mutación constitucional" consiste en que la aplicación de las normas constitucionales se modifica lenta e imperceptiblemente cuando a palabras que permanecen inmodificadas en el texto constitucional se les otorga un sentido distinto al originario, o bien cuando se produce una praxis en contradicción con el texto y con cualquier sentido posible de la Constitución, no algo peculiar de las normas constitucionales, sino un fenómeno constatable en todos los ámbitos del derecho". Texto recogido por Konrad Hesse en "Escritos de Derecho Constitucional", Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España; pág. 92.

18.- Es esta la posición asumida por ejemplo, por Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia...*, págs. 214-216.

19.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, pág. 19.

20.- Eguiguren, *Los retos de una democracia...*, pág. 236.

21.- Ver por ejemplo, Carlos Cárdenas Quiróz, *Los decretos con fuerza de ley*, En: *Thémis*, Revista de Derecho, Segunda Época, 1987, N° 6; o su artículo aparecido en el Diario Oficial "El Peruano" en 1990.

22.- Carlos Cárdenas Quiróz, *Los Decretos con fuerza de Ley*. En: *Revista Thémis*. Revista de Derecho. Segunda Época N° 6, Lima 1987.

La segunda opción postulaba que debía constituir un mecanismo de control parlamentario, para que el Congreso revise dichas normas y se pronuncie sobre su ratificación, modificación o derogación. Este vacío como veremos más adelante, fue llenado por la Ley N° 25397, en febrero de 1992, sin embargo, hasta 1990 según Eguiguren, predominó el criterio de la primera interpretación, favoreciéndose "(...)los excesos perpetrados por el Ejecutivo y a evidenciar la pasividad y el sometimiento de las mayorías parlamentarias dominantes en ambos regímenes constitucionales, que han renunciado a efectuar el control jurídico y político de las medidas extraordinarias dictadas por el Gobierno"23.

Dentro de esta segunda corriente tenemos a profesores como Landa Arroyo, quien nos habla que el Parlamento está llamado a realizar un "control político y legislativo de las normas legales (decretos de urgencia y decretos legislativos) que dicta el Poder Ejecutivo"24. Para dicho autor, el "Poder Ejecutivo debe cumplir con la obligación de dar cuenta al Congreso; es decir, incluir una explicación en torno a la extraordinariedad de las medidas dictadas, su naturaleza económica financiera, la urgencia y necesidad de la medida y el interés nacional involucrado"25. Para Landa pues, dar cuenta es "fundamentar racional y razonadamente la necesidad de la dación del decreto de urgencia con fuerza de ley, a fin de que el Congreso ejercite su potestad fiscalización como representante de la soberanía popular"26. En ese mismo sentido, se pronuncia, Enrique Bernales cuando sostiene que la obligación del Poder Ejecutivo, de dar cuenta al Congreso que señala el art. 211 inciso 10 de la Constitución de 1979, constituye o implica una relación de subordinación, en la que se reconoce la existencia de una autoridad que puede estudiar y tomar decisión respecto del hecho o acto que se pone en su conocimiento. En términos jerárquicos, a quién siempre se da cuenta es al superior; a quién ordena y manda, a quien delega autoridad. Siendo el titular de la soberanía, el Ejecutivo está obligado a dar cuenta de aquellos actos que signifiquen soberanía e imperio y en los que estén de por medio los derechos y el sistema político previsto por la Constitución. Así pues, la dación de cuenta es obligatoria para el Ejecutivo en los casos previstos por la Constitución, y del mismo modo, es obligatorio para el Congreso el pronunciarse sobre los actos de los que se ha dado cuenta27.

Finalmente, para concluir esta parte, es interesante señalar que por Decreto Legislativo N° 650, el Gobierno promulgó el 28 de marzo de 1990 la Ley del Poder Ejecutivo, en ejercicio de la delegación de facultades legislativas por el

---

23.- Eguiguren, Los retos de una democracia..., pág. 237.

24.- Cesar Landa Arroyo, ¿Quién legisla en el Perú?, en el Diario "La República", de fecha 24 de setiembre de 1990, en la página de Opinión.

25.- *Ibidem*.

26.- *Ibidem*.

27.- Enrique Bernales, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990, pág. 150-151.



Parlamento por ley N° 25187. Dicha norma es importante en la medida que gráfica bien la percepción y la interpretación que de la Constitución y de dicha institución hace el Gobierno. En dicho cuerpo normativo el Gobierno y posteriormente, el Congreso guardan silencio no sólo sobre el control parlamentario los decretos de urgencia, sino sobre la misma existencia de los decretos de urgencia, en el marco del artículo 211 inciso 20 de la Carta Política de 1979. Consideramos que esta omisión no sólo debe ser entendida como una simple omisión, sino como la expresión de la posición del Gobierno del Ejecutivo, frente al tema del control parlamentario de los decretos de urgencia, pese a las críticas que ya se habían formulado desde la sociedad y desde el mundo académico.

#### 5.2.2.2. Pronunciamientos del Colegio de Abogados de Lima

No queremos dejar de mencionar la intervención de algunas instituciones entre las que destaca el Colegio de Abogados de Lima. Estimamos que al igual que otras su colaboración y oportuna intervención contribuyó a llamar la atención y crear conciencia sobre la necesidad de legislar sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia.

Así, con fecha 12 de abril de 1987, el Colegio de Abogados de Lima, en ese entonces presidido por el Dr. Raúl Ferrero Costa emitió un pronunciamiento sobre el uso exagerado por parte del Gobierno de los Decretos Supremos Extraordinarios que hasta ese entonces sumaban ya los 700. Para el C.A.L., "(...) los excesos y distorsiones han sido favorecidas por la falta de un efectivo control parlamentario derivado de la existencia de normas que regulen con mayor precisión el uso de la atribución del Poder Ejecutivo, así como por la carencia de adecuado celo por los titulares de la atribución legislativa"<sup>28</sup>. Dicho pronunciamiento agregaba que, "La experiencia vivida hace recomendable que al más breve plazo el Congreso de la República dicte una ley que desarrolle los alcances del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, precisando los límites de la atribución y creando los mecanismos de control parlamentario". Entre las disposiciones que el pronunciamiento sugería que debería tener la ley en mención debería estar:

*"b) Regular con precisión el carácter extraordinario, es decir, la existencia de situaciones excepcionales de naturaleza temporal que exigen medidas provisionales; determinar igualmente lo que debe entenderse por materia económica financiera y establecer los criterios para calificar el interés nacional que exige la expedición de esta norma.*

*c) Establecer que la obligación impuesta al Ejecutivo de Dar cuenta al Congreso de los Decretos de Necesidad y Urgencia, debe*

---

28.- Citado por Carlos Torres y Torres Lara en: Los decretos de urgencia, Studium, Lima, 1991, págs. 191-192..



*entenderse como el mecanismo de revisión, control y eventual ratificación convalidatoria"*<sup>29</sup>.

Nos parece de suma importancia este primer comunicado, pues no sólo llama la atención sobre un problema que se hacía cada vez más grave y evidente, sino que aporta elementos para la elaboración de una respuesta, es decir, la necesidad del legislarse sobre un procedimiento de control parlamentario. Y en este esfuerzo por pensar un procedimiento de control parlamentario, es central definir cuales serán los criterios o los parámetros de control. En ese sentido, el comunicado expresó la necesidad de definir además de lo que se entiende por el carácter extraordinario y la materia económica, los criterios para establecer el denominado interés nacional. Este no fue el único pronunciamiento, posteriormente, el CAL emitió con fecha 3 de setiembre de 1990 un segundo comunicado, a propósito de la Interpelación del Ministro de Trabajo como consecuencia de la expedición de los D.U. 056-90 y 057-90, en donde se recortaban algunos derechos laborales. En dicho comunicado con relación al Control Parlamentario, se sostenía que los decretos de urgencia además de contar con los requisitos antes expuestos solo podría "dictarse con cargo de dar cuenta al Congreso. No se prescinde, pues, ni se menoscaba la potestad soberana del Parlamento, que tiene libérrima decisión para acordar la derogación, la suspensión o la modificación"<sup>30</sup>.

El comunicado no se queda ahí, pues a continuación hace una exhortación al Congreso para que lo antes posible reglamente dicha norma:

*"Es evidente, que dada la división de criterios controvertidos y ardorosamente fundamentados, en una u otra posición --la interpelación del Ministro de Trabajo por los D.U. 056-90 y 057-90-- el buen orden jurídico requiere que, el Paralelamente precise en la ley correspondiente, reglamentando este artículo, el numeral 20 del artículo 211° de la Constitución --de 1979-- distinguiéndolo de los otros casos diferentes incluidos en los artículos"*<sup>31</sup>.

### 5.2.2.3. El proyecto del Instituto Libertad y Democracia

Sin embargo, no todos fueron pronunciamientos --válidos dicho sea de paso-- el Instituto Libertad y Democracia (I.L.D.), fue más allá de la toma de posición y de la llamada de atención. Así el 28 de febrero de 1990, el diario oficial "El Peruano" publicó el proyecto de ley del I.L.D., denominado "Democratización de las Decisiones de Gobierno". Dicho proyecto dedica en el capítulo II "De la dación de los Decretos Supremos de urgencia", cuatro artículos, a la regulación de los decretos de urgencia.

---

29.- *Ibíd*em, pág. 192.

30.- *Ibíd*em, págs. 49-50

31.- *Ibíd*em.

Destaca entre esos artículos, el art. 90º, que desarrolla el procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia.

*"Artículo 90º.- En el oficio por el que el Poder Ejecutivo cumple con la obligación de dar cuenta al Congreso, el que deberá ser remitido en un plazo no mayor a los tres días a ser contados desde la fecha de su promulgación, debe incluirse una explicación en torno a la extraordinariedad de las medidas dictadas, de su naturaleza económico financiera, de la urgencia y necesidad de las medidas y del interés nacional involucrado. De no cumplirse con el plazo establecido, el Decreto caduca de pleno derecho.*

*Los Decretos Supremos de Urgencia deben ser aprobados por el Consejo de Ministros y remitidos al Presidente del Congreso, el que, en su Cámara, procederá a conferirle el trámite preferente a que se refiere el artículo 189º de la Constitución".*

Uno de los aportes que este iniciativa hace, es la exigencia que el Gobierno fundamente y explique la concurrencia de los distintos supuestos y requisitos para la expedición de los decretos de urgencia. Aún cuando esto no soluciona todos los problemas, si obliga al Estado a tomar un poco más en serio la dación de un Decreto de Urgencia, a la vez que facilitaría la evaluación de dichas normas al momento de su convalidación parlamentaria. De este modo, en aquellos casos donde es evidente la total ausencia de los requisitos constitucionales para la expedición de un decreto de urgencia, podría generar en el gobierno un efecto disuasivo de recurrir a este tipo de norma. En todo caso, el costo político ante la arbitrariedad aprovechada políticamente por las minorías y la oposición política, (no necesariamente parlamentaria), constituye un elemento importante aun cuando no definitivo, a considerarse a la hora de realizarse el control parlamentario.

Me parece muy interesante también cuando el artículo 90º del Anteproyecto, propone que una vez que el Presidente del Congreso reciba la comunicación acerca del decreto de urgencia, este le confiera el trámite preferente del art. 189º de la Constitución de 1979, es decir, la tramitación con carácter de urgencia.

La ventaja que el Gobierno toma frente al Congreso cuando expide los Decretos de Urgencia, es la imposibilidad que el Congreso y más específicamente los grupos minoritarios o de oposición, reaccionen a tiempo para decir su palabra, y tomar de esa manera posición no sólo frente al gobierno, sino sobre todo --y estos es lo más importante-- frente a la opinión pública. Y como sabemos, es esta opinión pública, la que de alguna manera se convierte en una suerte en destinatario y juez político, cuyo veredicto se expresará en términos electorales no precisamente para elegir a los miembros del Parlamento y del Gobierno sino incluso que se pueden manifestar en las elecciones municipales y/o plebiscitos y referéndum, etc.

Sin embargo, el proyecto guarda silencio sobre dos aspectos importantes, como son el procedimiento específico de control de este tipo de los decretos de urgencia y el plazo de los mismos, este último, muy vinculado al problema de la provisionalidad de este tipo de medidas, tal como lo advierte Castillo Meza. Para este autor, "el I.L.D., en el Anteproyecto, olvida la necesidad de establecer la provisionalidad de los Decretos de Urgencia al no disponer que el Congreso convalide la medida para que esta tenga eficacia definitiva"<sup>32</sup>. La provisionalidad es un elemento importante porque nos recuerda la naturaleza temporal de estas normas, así como la necesidad del control parlamentario. Sin embargo, discrepamos en parte con este autor, cuando señala que:

*"...al establecer el Anteproyecto una nueva comunicación, soslaya la posibilidad de un control parlamentario posterior, que es el complemento lógico para que la norma sea revisada y se evite posibles violaciones a la Constitución"<sup>33</sup>.*

En efecto, aún cuando Castillo Meza está más pensando en controles específicos y explícitos, consideramos que nada impide al Congreso conocer del Decreto de Urgencia, y revisarlo y/o eventualmente convalidarlo. Si esto no se realiza por la vía de un procedimiento de convalidación preestablecido, lo puede hacer en ejercicio de su soberanía legislativa, de su facultad de aprobar y derogar leyes sin limitación o restricción alguna, a no ser por la facultad de observar las leyes del Congreso.

#### 5.2.2.4. Pronunciamientos de los Decanos de las Facultades de Derecho de la República

El tema de los decretos de urgencia, también involucró la presencia de la comunidad académica. El 14 de septiembre de 1990, el Consejo Nacional de Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de la República, con relación a la controversia suscitada con motivo de los Decretos que el Poder Ejecutivo, al amparo de lo dispuesto por el inciso 20 del art. 211 de la Constitución de 1979, formuló una declaración, que con relación al control parlamentario señaló:

*"(los decretos de urgencia una vez expedidos) deben darse cuenta al Congreso, el que puede modificarlos, derogarlos o suspenderlos dentro de las atribuciones que le confiere la Carta Política. Esta facultad no ha sido reglamentada y es por ello que el Poder Ejecutivo desde que entró en vigencia la Constitución, ha hecho un uso excesivo e incontrolado de esa atribución"<sup>34</sup>.*

---

32.- Castillo Meza, Cesar, Los Decretos Presidenciales de Urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993, Lima, 1996, tesis, PUC, pág. 372.

33.- *Ibidem*.

34.- Carlos Torres y Torres Lara, op. cit., págs. 53-54.

Más adelante agrega el citado comunicado:

*"...que es imperativo que el Parlamento, de una vez por todas, regule el ejercicio de esa atribución a fin de evitar su distorsión..."<sup>35</sup>.*

#### 5.2.2.5. Proyectos de Ley proponiendo el Control Parlamentario de los Decretos de Urgencia

Antes de la expedición de la Ley N° 25397, que finalmente desarrolló el control parlamentario de los decretos de urgencia, se presentaron diferentes iniciativas legislativas en el seno del Congreso, las cuales fueron desestimadas y archivadas.

##### 5.2.2.5.1. Primer proyecto de Bernaldes

Uno de los primeros intentos de regular el control parlamentario fue el proyecto de ley N° 1514/83-S, presentado el 2 de agosto de 1983 por el senador Enrique Bernaldes Ballesteros en 1983, durante el segundo gobierno de Fernando Belaúnde. En dicha iniciativa legislativa, Bernaldes proponía reformar el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución de 1979 en los siguientes términos.

*"Artículo 211°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:*

*20) Administrar la Hacienda Pública, negociar los empréstitos y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional, sujetas a ratificación del Congreso o de la Comisión Permanente durante el receso de éste, en el plazo máximo de 7 días posteriores a la recepción del acuerdo de la medida.*

*La ratificación es requisito para la vigencia de las medidas extraordinarias que se dicten".*

Compárese esta propuesta con el artículo 211° inciso 20 de la Constitución Política de 1979 vigente al momento de presentarse el proyecto de Bernaldes.

*"Artículo 211°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República.*

*20) Administrar la Hacienda Pública, negociar los empréstitos; dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso."*

Aún cuando la Comisión de Constitución del Senado de la República, emitió un dictamen pronunciándose por la improcedencia de dicho proyecto de ley, es

---

35.- *Ibidem.*



interesante e ilustrativo revisar los argumentos que se esgrimieron en el debate que le mismo suscitó. Según el dictamen en cuestión --y que refleja la opción del Senado--, una vez dictadas las medidas extraordinarias, el Presidente de la República "tiene la obligación de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente en receso de las Cámaras, de tales medidas, como de las razones constitucionales y legales que motivaron su dación, el uso que de ellas piensa hacer o ya hizo, como los motivos urgentes en que se sustenta las medidas extraordinarias"<sup>36</sup>.

Con relación a la obligación de dar cuenta al Congreso, el dictamen luego de señalar que este "debe hacerse inmediatamente de dictadas las medidas en razón del carácter extraordinario que tienen dichas medidas", agrega que "El Congreso o la Comisión Permanente al tomar conocimiento de las disposiciones del Presidente de la República asume sus atribuciones fiscalizadoras que no puede ni debe jamás dejar de abdicar"<sup>37</sup>. En dicho documento se agrega que:

*"El dar cuenta al Congreso no se reduce sólo a un mero trámite burocrático sino que al amparo del inciso 1 del artículo 186° de la Constitución Política el Congreso puede modificar, reformar o derogar las leyes y las disposiciones legales en general incluyendo las que dicte el Presidente de la República o el Poder Ejecutivo en general al amparo del inciso 20 del artículo 211 referido"<sup>38</sup>.*

Sin embargo, lo más interesante es advertir como, la Comisión del Senado no se opone a la existencia de un control parlamentario de los decretos de urgencia --según el dictamen--, sino que discrepa de las formas en el procedimiento. Para la Comisión, es más efectivo el control parlamentario a través de la facultad de aprobar y derogar leyes, que a través de un procedimiento de ratificación contenido en el art. 186 letra 1 de la Constitución

#### 5.2.2.5.2. Proyecto de los Diputados del Partido Popular Cristiano

Este proyecto será presentado el 15 de abril de 1987 por los diputados Enrique Elías Larosa, Celso Sotomarino Chávez y Alberto Borea Odría como proyecto de los Diputados del Partido Popular Cristiano, no obstante, que su autoría corresponde al último. Este proyecto será presentado después por el Alberto Borea Odría en 1990 con el número N°420/90-S. A diferencia de otros proyectos, el de Borea abordaba exclusivamente el problema de los decretos de urgencia.

---

36.- Proyecto de ley 1514/83-S presentado por el Senador Enrique Bernales el 2 de agosto de 1983 y Dictamen en mayoría del Senado de la República de fecha 21 de setiembre de 1983, pág. 4.

37.- Ibídem.

38.- Ibídem.

*"Artículo 1º.- Las medidas extraordinarias que puede dictar el Presidente de la República, de conformidad con el Artículo 211º inciso 20 de la Constitución, está referida, exclusivamente a las materias económicas y financieras".*

En el artículo 3º se señala que "publicado el Decreto de Supremo que contiene las medidas extraordinarias, se remite al Congreso dentro de las 24 horas, juntamente con una exposición de motivos sobre el interés nacional invocado para su exposición". En relación con la convalidación misma, el proyecto prescribe que:

*"Artículo 5º.- Reunido el Congreso para este efecto, se da cuenta de la disposición y el mismo día nombra una Comisión Bicameral paritaria y multipartidaria de 10 miembros, para que dictamine sobre la situación de extraordinaria emergencia e interés nacional que se alega para la expedición de la medida y para que dictamine, también, sobre su respaldo o su derogatoria inmediata. El plazo improrrogable para la expedición del dictamen es de 7 días calendario".*

*El Congreso, en la misma oportunidad que nombra la Comisión, cita a sesión, para el octavo día, contado a partir de esa fecha. En dicha sesión, se discute, con carácter exclusivo, el dictamen de la Comisión; no producido el dictamen, se discute en el Congreso la invocación del interés nacional alegado y la Conveniencia de la medida".*

En relación, a la vigencia de la norma, Borea señala en los artículos 6 y 7 de su proyecto, que "Si el Congreso aprueba la medida ésta tendrá una vigencia máxima e improrrogable de 120 días", y "si el Congreso no aprueba la medida, ésta deja de tener vigencia en el momento mismo de la desaprobación".

Este dictamen es importante para nosotros, pues plantea los conceptos de interés nacional y de conveniencia más cercanos a la idea de control político que es el control que realice en nuestra opinión el Parlamento, que al concepto de control de la constitucionalidad que un sector de la doctrina y el propio Reglamento del Congreso le quisieran asignar a este último. En efecto, una cosa es analizar acerca de sí el decreto de urgencia ha observado el respeto a la Constitución o no, y otra es discutir si el decreto de urgencia responde al interés nacional y es oportuna y conveniente. Son dos entradas distintas. Borea en ese sentido me parece que se acerca más a la idea de control político de los decretos de urgencia y por ello es relevante.

#### 5.2.2.5.3. Proyecto de Joffre Fernández Valdivieso

Uno de los proyectos más elaborados y con mayor rigor académico es el proyecto que el Diputado Nacional Joffre Fernández Valdivieso presentó el día 13

de septiembre de 1988. Este proyecto de cuarentiocho (48) artículos, cuatro (4) disposiciones complementarias y una (1) disposición final. Consta de dos partes, una referida al control parlamentario de los decretos de urgencia y otra, la acción de inconstitucionalidad de los decretos de urgencia.

El proyecto según el propio dictamen, busca desarrollar el art. 211 inciso 20° de la Constitución Política. La razón según este autor, es que "por la defectuosa normatividad, resulta difícil ejercitar la acción de inconstitucionalidad o la acción popular contra los Decretos Presidenciales de Urgencia, al no haber acuerdo sobre si se trata de normas con carácter y jerarquía de ley formal o material, lo que importa la imposibilidad o limitación para que otros órganos del Estado o los ciudadanos en general, pueden ejercer su derecho a cuestionarlos en la vía jurisdiccional"<sup>39</sup>.

Destacan de este proyecto, el señalamiento de la naturaleza provisional y materias excluidas (art. 3°), se señalan un año fiscal, como plazo de vigencia del Decreto de Urgencia, vencido el cual caduca (art. 5°), se señala la nulidad de los decretos presidenciales de urgencia cuando no son remitidos oportunamente al Congreso (art. 9°), se establecen que la derogación no restituyen los efectos de la ley derogada o modificada (art. 18°); etc.

Este proyecto será analizado y dictaminado junto con el proyecto presentado por Alberto Borea. Sin embargo, será este proyecto, la base del dictamen sustitutorio, no solamente por su extensión, sino por su contenido.

#### 5.2.2.5.4. Dictamen y proyecto sustitutorio del proyecto del Alberto Borea y de Joffre Fernández

El proyecto de los diputados del Partido Popular Cristiano encabezados por Alberto Borea y el proyecto presentado por Joffre Fernández fueron dictaminados en forma conjunta. Sin embargo, es necesario señalar como lo dice el mismo dictamen que "vuestra comisión conceptúa que la primera iniciativa (el proyecto de J. Fernández), por contener todo un procedimiento regulatorio de esta nueva institución jurídica, subsume dentro de su normatividad a la segunda (proyecto de Borea), por lo que prefiere tomar el modelo y las pautas de aquella acogida, por supuesto, los aportes valiosos que contenga esta"<sup>40</sup>.

Este proyecto sustitutorio del dictamen referido consta de veintiséis (26) artículos, tres disposiciones transitorias y una disposición final. Entre los aportes

---

39.- Proyecto de Ley presentada por el Diputado Nacional, el 13 de setiembre de 1988, con el número N° 1934.

40.- Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política.

de este proyecto, es que se reconoce, los principios de oportunidad y necesidad, como criterios indispensables a la hora de realizar el control parlamentario de los decretos de urgencia en los artículos 14 y 16. Otro aporte es el relacionado con el silencio legislativo negativo, exigiendo que la convalidación sea expresa contenido en el artículo 17.

También se advierte que en el art. 18 se establece la obligación de regular "los efectos de las relaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de estos, que quedaron sin convalidar o prorrogar, que fuesen derogadas".

Asimismo, otra innovación que este proyecto hace, es la que señala en la última parte del artículo 3° del mismo. Ahí se dice que "La expedición de estos decretos debe estar precedidas de la declaración del respectivo estado de excepción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231° de la Constitución". Merece un comentario especial, la exigencia de primero declarar el estado de excepción como condición previa para la expedición de un D.P.U. (Decreto Presidencial de Urgencia). Con ello, no sólo se acerca a lo que la doctrina española denomina "necesidad absoluta" explicado en el capítulo anterior, sino que se puede terminar asimilando el estado de excepción con la situación extraordinaria de naturaleza económica. Para efectos prácticos, esta exigencia puede limitar la fuerza y el sentido de esta institución, pues primero se necesitará la declaratoria de excepción, pudiendo traer una serie de complicaciones. El aspecto positivo en todo caso de este requisito previo, pudiera estar quizá, en la exigencia de mayor cuidado y una real e indiscutible situación extraordinaria y urgente para el Poder Ejecutivo.

#### 5.2.2.5.5. Segundo proyecto de Ley de Bernaldes (N° 11/90-S, del 8 de agosto de 1990)

Posteriormente y durante el primer mandato del Presidente Alberto Fujimori, el senador Enrique Bernaldes volvió a insistir con el tema del control parlamentario de este tipo de normas. Esta vez, ya no optaba por una reforma constitucional como en el primer caso, sino por una iniciativa legislativa que desarrolle el art. 211° inciso 20 de la Carta Política. Así, luego de señalar en sus considerandos que "dentro de la organización y equilibrio de poderes que informa nuestra Constitución, le corresponde al Parlamento ejercer la función de control sobre el Poder Ejecutivo", precisa en el art. 5° de su propuesta:

*"Artículo 5°.- De acuerdo con el inciso 20 del Artículo 211° de la Constitución, el Presidente de la República da cuenta al Congreso de las medidas extraordinarias en materia económica y financiera, dictadas por requerimiento del interés nacional. **El Congreso se pronuncia sobre las medidas y declara su conformidad.***

*Si el Congreso declara que las medidas extraordinarias dictadas se refieren a materias que deben ser reguladas en leyes, las remite a la Cámara de Diputados para ser presentadas como iniciativas del*



*Poder Ejecutivo por el procedimiento legislativo regular. Las medidas extraordinarias sometidas a este tratamiento quedan sin efecto hasta su aprobación como leyes por el Congreso.*

A diferencia de la Constitución de 1979, Bernaldes propone de manera explícita que, el Congreso se pronuncie sobre los decretos de urgencia, declarando su conformidad. Esto es sumamente importante, pues se señala en forma clara indubitable la facultad del Congreso de pronunciarse abiertamente. Esta facultad del Congreso, obviamente se desprendía sobre la base de una interpretación de la Constitución Política.

Nos parece también interesante el proyecto de Bernaldes, cuando propone que, en caso de encontrarnos ante materias que deben ser reguladas por ley, estas se remitan a la Cámara de Diputados para ser presentadas como iniciativas del Poder Ejecutivo por el procedimiento legislativo regular. También resulta interesante el acento en el requisito del interés nacional que se menciona, concepto que no se encuentra muy lejos del criterio de oportunidad propio del control político. Asimismo, nos parece positivo no restringir la expedición de los decretos de urgencia a la verificación de los requisitos de los mismos, dejando entera libertad al Congreso, libertad que facilita la realización del control político.

#### 5.2.2.5.6. El proyecto de Ley de Ulloa, Acurio y Arroyo (N° 143/90-S)

Este proyecto actualizado durante el régimen 90-95, que se presentará originalmente el 27 de mayo de 1987, comprende solamente el caso del artículo 211 inciso 20. En relación con el tema que nos interesa, merece destacarse lo señalado por el art. 2°.

*"Artículo 2°.- Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación de la medida extraordinaria, el Congreso o, en su caso, la Comisión Permanente del Congreso, deberá pronunciarse al respecto. Si se ratifica la medida extraordinaria, ésta se convierte en Ley de la República, con las modificaciones que se introdujeran; si se rechaza, esta queda automáticamente derogada a partir del momento en que se produce el rechazo; y si no se produce pronunciamiento alguno del Congreso o de la Comisión Permanente dentro del plazo señalado, la medida extraordinaria queda sin efecto legal automáticamente a partir del vencimiento del plazo. En este último supuesto el Poder Ejecutivo queda impedido de dictar otras normas de contenido semejante, durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo".*

Un mérito de este proyecto y que se analizará después es el tema de la vigencia temporal de los decretos de urgencia y los efectos retroactivos o ultractivos de su derogación. También merece resaltarse por creativa e

importante, la prohibición al Presidente de la República, para que no insista en este tipo de medidas una vez pronunciado el Congreso.

Tampoco acá se circunscribe ni se limita el control parlamentario a la verificación de los requisitos, simplemente se deja abierta y al libre criterio del Congreso.

#### 5.2.2.5.7. El proyecto de Ley de Roger Cáceres Velázquez (N° 617/90-S)

Finalmente, tenemos el proyecto de Roger Cáceres, perteneciente al régimen 85-90. Constaba de un artículo único de reforma constitucional, en el que se fijaba en 180 días el plazo máximo de duración de las medidas extraordinarias de urgencia del art. 211 inciso 20.

*"Artículo Único.- Adiciónase al final del artículo 211° de la Constitución de Estado el siguiente párrafo:  
(...) Cuando las medidas extraordinarias a las que se refiere el parágrafo 20 precedente consistan en suspender la vigencia de una ley, o en establecer alguna modificación del contenido de esta última, dichas medidas tendrán una vigencia máxima de 180 días, salvo que habiéndose reunido durante ese lapso el Congreso no se hubiese pronunciado al respecto, en cuyo caso tendrán vigencia indefinida".*

#### **5.2.3. Tercer Período: febrero de 1992 - abril de 1992 (Primera legislación sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia)**

Este período aún cuando es breve es muy importante. Comienza con la aprobación de la ley 25397, que por primera vez establece el procedimiento de control parlamentario para diferentes normas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo entre los que se encontraba los decretos de urgencia. El corto tiempo en que estuvo vigente no es casual. Esta fugacidad evidencia entre otras cosas, la resistencia del Poder Ejecutivo a ser controlado por el Congreso y la envergadura y trascendencia de la norma no sólo para el ordenamiento jurídico, sino para la estabilidad política del sistema democrático. Aquí, podemos hablar recién de un control donde se establecen los parámetros, los tópicos, los plazos y los sujetos del control parlamentario en forma clara.

Finalmente debemos señalar que al decir de Fernando Olivera, durante esta época la Comisión de Constitución examinó "decreto por decreto, ésta fue una metodología que en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados bajo la Presidencia de Lourdes, luego que se dieran los decretos legislativos en que se establecieron una serie de reformas económicas, pues se pasó a examinar decreto

por decreto para que quede totalmente sentenciada la constitucionalidad de estos decretos"41.

### 5.2.3.1. Ley N° 25397 (Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República)

Uno de los aspectos que merece mayor atención desde el punto de vista del Control Parlamentario es el referido al análisis de la "Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República", aprobada el 3 de febrero de 1992. El Congreso no fue ajeno a todo este debate en torno al control parlamentario de los decretos de urgencia, desde el inicio existieron propuestas encaminadas a regular las atribuciones legislativas del Presidente de la República, como hemos podido apreciar rápidamente. Sin embargo, no contaron con el suficiente respaldo para convertirse en ley y porque los gobiernos de turno a través de sus mayorías parlamentarias lo impidieron.

Fue recién en 1991, cuando el Ejecutivo no tenía mayoría en el Congreso, que se aprobó esta ley, permitiendo el control parlamentario de dichas normas. No está de más indicar, que durante los dos períodos constitucionales previos, las mayorías del Congreso afines al ejecutivo durante cada período, no aprobaron ninguna norma similar, siendo esta finalmente discutida y aprobada cuando el Ejecutivo no tenía mayoría absoluta en el Parlamento.

Este debate es de suma importancia, a tal punto que algunos autores se preguntan hasta que punto "la aprobación de esta ley fue efecto causa o con causa jurídica, o política, bastante para tomar la decisión de dar el golpe de Estado"42 el 5 de abril de 1992. Hay algunos autores que señalan que, "la ley bajo estudio constituyó un golpe de Estado del Legislativo contra el Ejecutivo, en razón de lo cual tenía justificación el golpe del Ejecutivo contra el Legislativo"43, más allá de estas apreciaciones. Como sostiene Cesar Delgado Guembes, el debate parlamentario constituye una síntesis significativa del pensamiento político constitucional sobre el tipo de relaciones que deben mantener el Ejecutivo y el Parlamento en nuestro régimen político44.

Sobre el particular, Lourdes Flores en el Pleno del Congreso ha señalado que:

---

41.- Intervención del congresista Fernando Olivera en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 14.

42.- Delgado Guembes, Cesar, El debate parlamentario de la Ley 25397, en: Pensamiento Constitucional, Revista de la Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pág. 263.

43.- Ibídem.

44.- Ibídem, pág. 264.

*"(Con relación a la expedición de los decretos de urgencia) Señor, esa ha sido una usurpación permanente de funciones de todos los gobiernos, todos han usado y abusado de la potestad de normar incluso sobre el ámbito de la ley; y cuando pretendimos restringirlo --yo me ratifico en eso-- dentro del marco constitucional más perfecto, señor, se produjo un golpe de Estado, es decir, no se aceptó la posibilidad de un control posterior sobre actos que no se restringían en su origen"45.*

Enrique Chirinos Soto en la Comisión de Constitución del Congreso señalaba no hace mucho que:

*"Señor Presidente: Esta es una manera de empezar a introducir aquella famosa ley que determinó la caída del Congreso anterior, que fue la de la el control político de los actos legislativos del presidente de la República. Es una cuña"46.*

La ley 25397 se originó en el Senado. Los proyectos que la originaron fueron los cuatro proyectos antes revisados: Un primer proyecto del senador Enrique Bernaldes, un segundo proyecto, de los senadores Manuel Ulloa Elías, Acurio Velarde y Arroyo de Alva, el tercero del senador Borea Odría, y el último del senador Cáceres Velázquez, que antes ha hemos revisado. Con relación al control de los decretos supremos extraordinarios, la Ley N° 25397, estableció:

*"Artículo 9°.- Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto supremo extraordinario, el Presidente de la República da cuenta por escrito al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto".*

*"Artículo 10°.- Realizado el trámite a que se refiere el artículo anterior y a más tardar al día siguiente, el Presidente del Congreso o el de la Comisión Permanente, remite el decreto supremo extraordinario a las Comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas de ambas Cámaras, las que estudian y dictaminan los decretos supremos extraordinarios que son puestos en su conocimiento en el plazo improrrogable de 15 días útiles.*

---

45.- Intervención de la Doctora Lourdes Flores Nano, en la sesión 29a."Q" sesión permanente (matinal), realizada el día miércoles 21 de julio de 1993 del Congreso Constituyente Democrático.

46.- Intervención del Congresista Enrique Chirinos Soto en la Comisión de Constitución, en: Diario de Debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, 6a. sesión, Jueves, 31 de Agosto de 1995, pág. 10.



*En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide ejercer el control parlamentario con arreglo al presente artículo y al artículo siguiente".*

*"Artículo 11°.- Las citadas Comisiones emiten dictamen, si consideran que las medidas extraordinarias dictadas no se sustentan en razones de interés nacional o no se ha cumplido con los requisitos formales y el marco normativo definido en los artículos 4° y 5° de la presente Ley. En tal caso concluyen recomendando que se deje sin efecto el decreto supremo extraordinario, remitiendo su dictamen al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente.*

*Si el Congreso o la Comisión Permanente coincide con el criterio de la Comisión Mixta Especial se pronuncia en tal sentido, perdiendo vigencia el decreto supremo extraordinario al día siguiente de la publicación del acuerdo del Congreso en el Diario Oficial".*

#### 5.2.3.2. Las observaciones del gobierno

Para evaluar la interpretación y la opción que hace el gobierno de la Constitución en el caso de los decretos de urgencia, recurrimos a las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa de Ley N° 25397, contenido en el oficio N° 005-92-PR de fecha 7 de enero de 1992. Es interesante revisar este documento, pues nos muestra no sólo la posición política, sino la ideología jurídica del Gobierno -por llamarla de alguna manera-- frente a los intentos de un Parlamento independiente, de control de la expedición de los decretos de urgencia. Aún cuando este documento tiene aproximadamente seis años, la virtud de este, es que el Gobierno que formuló dichas observaciones, no sólo sigue siendo hoy el mismo, sino sobre todo, que el presente gobierno de Alberto Fujimori, es el primer y único que ha contado con un procedimiento de control de los decretos de urgencia<sup>47</sup>, pues bajo su mandato es cuando se pone en vigencia el Reglamento del Congreso que lo regula en su artículo 91°. Asimismo, como sabemos el Reglamento fue promulgado por el Presidente del Congreso Constituyente Democrático, en sesión del Pleno celebrada el 13 de mayo de 1995, conforme a la autonomía reglamentaria que le concede el artículo 94 de la Constitución Política del Perú y a lo establecido en los artículos 1° y 2° del mismo Reglamento. Por esta razón, no necesitó ser promulgada por el Poder Ejecutivo, lo que trae como consecuencia, la ausencia de observación alguna por parte del Poder Ejecutivo, a diferencia de la Ley N° 25397.

Obviamente, estamos en primera instancia no frente a una posición jurídica doctrinaria sino frente a una opción política, con justificación y envoltura jurídica,

---

47.- No contamos "el dar cuenta al Congreso" como un verdadero procedimiento parlamentario de control de los decretos de urgencia.

tan política como la posición que nosotros estamos tomando al tratar de controlar al Gobierno cuando expide los Decretos de Urgencia. Y decimos esto, porque esto permite encontrar mejor los hilos conductores de cada posición y de cada interpretación jurídica. Finalmente antes de iniciar el análisis de estas observaciones precisaremos que estas fueron formuladas como una respuesta a la ley 25397, Ley de Control de los Actos de Normativos del Presidente de la República.

La autógrafa enviada al Gobierno pretende regular entre otras cosas:

*"Artículo 1º.- La presente ley establece el régimen general de control por el Congreso de las atribuciones del Presidente de la República para:*

*a) Dictar medidas extraordinarias en materia económica financiera, de acuerdo con lo que establece el inciso 20 del artículo 211º y el artículo 132º de la Constitución Política".*

La autógrafa señala también el fundamento de este control.

*"Artículo 2º.- Los actos y procedimientos de control a que se refiere la presente ley se sustentan en lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 186º de la Constitución Política. No restringen el ejercicio del control sobre los demás actos del Poder Ejecutivo, que el Congreso esta autorizado a realizar".*

La facultad de control del Congreso es uno de los temas planteados en las observaciones del Presidente la autógrafa de esta ley. El primer argumento que utiliza el gobierno interpretando el art. 186 inciso 2 de la Carta de 1979 es que el Congreso no está facultado para controlar al gobierno.

*"Artículo 186.- Son atribuciones del Congreso:*

*2) Velar por el respeto de la Constitución y de las Leyes, y disponer la conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".*

Para el gobierno, el art. 186 inciso 2 no faculta al Congreso para controlar las atribuciones del Presidente de la República. Según este, *"Ello significaría desconocer el principio de división de los poderes del Estado y la atribución específica de competencias que la Constitución establece para cada uno de los órganos del Estado"*<sup>48</sup>.

Sin embargo, en nuestro concepto, el Gobierno y la mayoría parlamentaria no se equivoca "totalmente", cuando señala que, la aprobación de la ley 25397,

---

48.- Oficio N° 005-92-PR dirigido por el Presidente de la República al Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República, de fecha 7 de enero de 1992.

*"implica desconocer ... que el control de la constitucionalidad o legalidad, es posterior a la vigencia de la norma y que ello corresponde a los órganos jurisdiccionales mediante la acción popular o la acción de inconstitucionalidad"*49. Me parece importante resaltar esta afirmación, que señala que el control de la constitucionalidad le corresponde a los órganos jurisdiccionales. Contrario sensu la naturaleza del control parlamentario es política. Ciertamente estamos de acuerdo con la formulación jurídica en sí misma, más no con las intenciones políticas subyacentes, que por cierto son favorecer incondicionalmente al Gobierno por encima del mandato representativo<sup>50</sup>.

El gobierno agrega que "no se ha tenido en cuenta que la misma Carta Política, en el inciso 1 del artículo 211º, otorga al Presidente de la República la atribución de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales, es decir, una atribución equivalente a la que esgrime el Parlamento para pretender tener control sobre el Ejecutivo". El Gobierno agrega que, "el inciso 2 del artículo 186, no podría servir de fundamento para que el Ejecutivo pretenda ejercer un control mediatizando las atribuciones del Parlamento". La razón del gobierno es que tal argumento es inconsistente porque la misma *"Constitución ha diseñado mecanismos de control específicos que no necesitan de regulación adicional"*<sup>51</sup>.

Con relación al tema del "dar cuenta", el gobierno manifiesta que *"el hecho de obligar al Presidente a "dar cuenta" al Congreso, respecto al ejercicio de alguna de sus atribuciones, no significa en modo alguno dar competencia al Congreso para el Control de los actos normativos del Presidente de la República"*<sup>52</sup>. Según dicho documento, "Nuestra carta magna en modo alguno condiciona los efectos de las atribuciones conferidas, a la aprobación del Parlamento. Lo que sostiene el gobierno, es que el dar cuenta resulta en la Constitución un trámite de comunicación para que el Congreso tenga conocimiento y, de ser el caso, ejercite alguna medida a posteriori de la vigencia del acto. En modo alguno tal "dar cuenta" implica la emisión de actos de gobierno condicionados".

---

49.- *Ibíd.*

50.- Según Jorge Trelles, "es el Tribunal de Garantías Constitucionales y expresamente dice la Constitución que el órgano de control de la Constitución es el Tribunal Constitucional, él tiene que ver con la procedencia o la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad y no podría ser de otra manera. En un régimen equilibrado de separación de poderes no es lógico, ni coherente, ni equilibrado que el Legislativo esté fiscalizando la acción constitucional o no del Ejecutivo, no le corresponde. Sería una invasión del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo pretender un supuesto control entre comillas parlamentario de los actos del Ejecutivo en el sentido si son o no son constitucionales, no creo que sea la conducta correcta del legislativo". Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 21.

51.- Oficio N° 005-92-PR.

52.- *Ibíd.*

Otro tema crucial y donde el gobierno se equivoca, es cuando el gobierno denomina "control previo" al control que realiza el Parlamento de los decretos de urgencia. La tesis principal del gobierno será aquella que sostiene que la Ley 25397 constituye una suerte de control previo del Decreto de urgencia, en los siguientes términos:

*"Velar por el respeto de la Constitución, no significa tener la facultad de irrogarse atribuciones que no se tiene. No se puede ejercer un control previo al Poder Ejecutivo mediatizando las atribuciones constitucionales del Presidente de la República"*<sup>53</sup>.

Según el gobierno, "bajo la equívoca argumentación utilizada de que el Congreso tiene competencia de Control Previo sobre los actos normativos del Presidente, la Autógrafa --de lo que después sería la Ley 25397-- enumera, en su artículo 1º las atribuciones del Presidente de la República que estarían sujetas a ese control. Además, en los Capítulos I a IV del Proyecto se indica el procedimiento de control"<sup>54</sup>. El gobierno agrega que, no es posible, por tanto, pretender establecer un control restrictivo, a través de una norma de menor jerarquía, sobre aspectos que la ley de Leyes ha determinado ya con suficiente claridad.

La posición del gobierno es clara y su finalidad explícita, evitar todo tipo de controles por parte del Congreso, limitando y mediatizando el control parlamentario. Recuérdese que en aquella coyuntura el Presidente Fujimori se encontraba en pleno proceso de implementación de reformas, y ahí donde el Congreso buscaba realizar el control que el ordenamiento jurídico le asignaba, el Gobierno percibía obstruccionismo, imposición de trabas y un estorbo en la aplicación de sus políticas. Esta percepción o prejuicio político fue denunciado en su oportunidad por congresistas como Lourdes Flores Nano.

*"Hay un poco de prejuicio señor Presidente en este debate, el parlamento fastidia y estorba; y en consecuencia hay que sacarlo de todo aquello que moleste y hay que asegurar un gobierno fuerte al que nadie moleste"*<sup>55</sup>.

Sobre la base de todos estos argumentos, el gobierno sostenía que se le estaban recortando las facultades constitucionalmente entregadas. Para el gobierno, dichas normas recortan facultades expresamente concedidas por la Constitución de las que dispone el Presidente de la República para legislar en casos

---

53.- *Ibíd.*

54.- *Ibíd.*

55.- Intervención de la Doctora Lourdes Flores Nano, en la sesión 29a."Q", en la sesión permanente (matinal) realizada el día miércoles 21 de julio de 1993 del Congreso Constituyente Democrático.



de emergencia sobre materia económica y financiera. En consecuencia, el gobierno agrega que *"ninguna de las atribuciones enunciadas entre las que se encuentra el control de los decretos de urgencia, es susceptible de control en la forma inconstitucional que se pretende pues, las facultades de que goza el Presidente de la República sobre el particular están clara y expresamente señaladas en la Constitución"*<sup>56</sup>.

Efectivamente, el gobierno señala que, "El Presidente de la República tiene la atribución y la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución" Sin embargo "No podría ejercer plenamente esa obligación si sus atribuciones son recortadas y mediatizadas", pues para el gobierno, "el proyecto determina el plazo en el cual la atribución constitucional ejercida por el Presidente debe quedar firme".

El gobierno en el caso del control señala que *"todas estas atribuciones constitucionales están claramente delimitadas, las condiciones y requisitos necesarios para su vigencia han sido señalados en la misma Carta Magna; de igual forma se establece de manera expresa los mecanismos de control de las mismas"*<sup>57</sup>. El gobierno agrega que entonces, no es posible pretender establecer un control restrictivo, a través de una norma de menor jerarquía, sobre aspectos que la ley de leyes ha determinado ya con suficiente claridad<sup>58</sup>.

Se puede apreciar como, el gobierno no entiende que es un control previo y que un control posterior a la eficacia de la norma. Hay una idea de fondo y es que se está o se quiere obstruir al Poder Ejecutivo. Se asocia la idea de control parlamentario con la idea de obstruccionismo. Esta es la idea que se desprende de algunos párrafos de comunicado a la nación por el propio Presidente Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, momentos antes de disolver el Congreso.

*"El caos y la corrupción, la falta de identificación con los grandes intereses nacionales de algunas instituciones fundamentales, como el Poder Legislativo... traban la acción del Gobierno orientada al logro de los objetivos de la reconstrucción y el desarrollo nacionales"*<sup>59</sup>.

*"La actitud irresponsable y negativa de los parlamentos no respeta, tampoco los mandatos constitucionales, los cuales son velados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley N° 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República...(que) pretende maniatar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar"*<sup>60</sup>.

---

56.- Oficio N° 005-92-PR.

57.- Ibídem.

58.- Ibídem.

59.- Ver el Diario "El Peruano", de fecha 6 de abril de 1992.

60.- Ibídem.

La solución para Fujimori pasa entonces por:

*"Modificar la actual Constitución Política en lo que atañe al logro de una nueva estructura del Congreso...establecer un Poder Legislativo moderno, **identificado** con los intereses del país y que se renueve periódicamente"*<sup>61</sup>.

Más que identificado con el país, lo que Fujimori quería --y aún quiere-- era un Congreso identificado con el gobierno, lo que significa para el Parlamento la total renuncia al ejercicio de la función de control. Existe una incapacidad para entender la existencia y la función del control parlamentario y menos aún, para entender el control político, a diferencia del control constitucional. En todo caso es parte de la cultura jurídica del poder político, con un claro sesgo autoritario.

#### 5.2.3.3. La respuesta del Congreso a las observaciones del Parlamento

Las respuestas que ofrece el Congreso ante las observaciones del Presidente son firmes y categóricas, pues visualizan la opinión de un Congreso que no es sumiso, ni está vinculado políticamente con el Gobierno, y que lucha por defender su fuero. En todo caso, bien puede considerarse la opinión de este Congreso, expresada en aquel entonces en la mayoría parlamentaria como la opinión de la oposición/minoría parlamentaria hoy. Por otro lado, no deja de resultar un poco complicado señalar que estamos hablando de la opinión del Congreso, pues a diferencia del gobierno, el Congreso es un órgano plural, no sujeto a una sola persona, y donde sus miembros no están sometidos a mandato imperativo.

Uno de los instrumentos para evaluar la opinión del Congreso, es la que se expresa en los dictámenes de insistencia del Congreso en el proyecto de ley (posteriormente Ley 25397). El dictamen mayoritario de la Comisión de Constitución del Senado se pronunció, insistiendo en la Autógrafa de la Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República, que fuera materia de observaciones por el Primer Mandatario de la Nación.

La opinión fundamental donde se centra el dictamen de la Comisión, Leyes Orgánicas y Reglamento del Senado, es en señalar que el Control del Parlamento de los decretos supremos extraordinarios, "es siempre posterior", respondiendo a las acusaciones del Gobierno acerca del presunto control previo del control parlamentario de los decretos de urgencia. En dicho dictamen, se considera que las observaciones del Presidente de la República no tienen sustento alguno, pues en ningún momento se planteaba un control previo a los actos normativos, que constitucionalmente le corresponde ejercer al Presidente de la República. El dictamen en cuestión señala que el control parlamentario se "*produce sin interferir*

---

61.- *Ibidem*.

*la decisión autónoma para que el Presidente de la República dicte las normas que crea conveniente dentro de las atribuciones constitucionales que tiene*"62.

En otro apartado, el Senado señala que *"cuando la Constitución dispone que los actos normativos que contempla el proyecto de ley observado sean dictados con cargo de dar cuenta al Congreso, no establece este mandato para que el Poder Legislativo únicamente conozca lo que ha hecho el Poder Ejecutivo, sino para que los revise y pueda, en su caso, modificarlos o derogarlos"*63. En atención a estas y a otras causas, la Comisión de Constitución del Senado sostuvo que las observaciones del Presidente al proyecto de ley aprobado, *"se sustentan en el grave error de considerar que se ha establecido un control previo por parte del Parlamento lo que no es exacto a la lectura de su texto"*64.

Finalmente se agrega un aspecto que es fundamental, para entender la vigencia de sólo seis meses que el proyecto de ley le asigna a los decretos de urgencia, y es que, *"se trata de situaciones con carácter temporal que no deben tener la calidad de permanentes"*65.

#### 5.2.3.4. El dictamen en minoría del Senado en respuesta a las observaciones del Presidente

Este último aspecto acerca de la temporalidad, será cuestionado por el dictamen en minoría del Senado dándole en este punto razón al gobierno, cuando señala que: *"en el citado dispositivo constitucional (art. 211 inciso 20 de la Constitución de 1979) se habla de "medidas extraordinarias" sin atarlas adicionalmente al concepto de transitoriedad, que supone incontrastablemente una "temporalidad", o duración limitada en el tiempo, como si ocurre tratándose del art. 132º de la Constitución"*66 (de 1979).

Para estos parlamentarios, *"la Ley de Control materia del presente dictamen, no puede ir más allá de lo que la Constitución permite, requiriéndose en consecuencia previamente de la consiguiente modificación de la Constitución,*

---

62.- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Senadores, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 22 de enero de 1992.

63.- Ibídem.

64.- Ibídem.

65.- Ibídem.

66.- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Senadores en minoría, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 22 de enero de 1992, emitida el los senadores Roger Cáceres y Julián Bustamante.

*introduciendo por ejemplo los términos más adecuados como transitoriedad" o "temporalidad" u otros similares"*<sup>67</sup>.

Finalmente, el dictamen en minoría del Senado añadió que el proyecto de ley *"le corresponde el carácter de una auténtica Ley Orgánica, lo que creemos debe tomarse en cuenta en la denominación de dicho cuerpo legal y en lo concerniente al trámite de su aprobación y modificación por el Congreso"*<sup>68</sup>. Este comentario me parece acertado no solamente porque asegura una mayor protección y permanencia de la norma, sino porque estamos hablando de la competencia de uno de los principales órganos constitucionales.

#### El dictamen de los Diputados en respuesta a las observaciones del Presidente

La Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados por su parte, en relación con las observaciones del Presidente del Congreso de la República, se explayó más en su argumentación. El dictamen comienza señalando que *"debe reconsiderarse el aludido proyecto, por cuanto las observaciones formuladas carecen de sustento"*<sup>69</sup>.

Con relación al dar cuenta, el dictamen precisa que este *"no importa un exclusivo acto de comunicación, para un mero registro y archivo, sino, una comunicación con el propósito que se ponga en marcha un procedimiento de control parlamentario, que precisamente, la norma aprobada regula"*<sup>70</sup>.

El otro punto tratado es acerca del pretendido control previo, que determinaría según el gobierno la existencia de "actos de gobierno condicionados". El dictamen señala que el control parlamentario "no tiene efectos convalidatorios". Según dicho dictamen los decretos supremos extraordinarios "no están condicionados en su vigencia a una aprobación parlamentaria, tiene vigencia propia provisional, pero vigencia propia, con plenos efectos, razón por la cual carece de sentido y de fundamento las críticas del gobierno. La Cámara de Diputados, agrega que el proyecto de ley, ha cubierto, sin exceder del marco constitucional, necesarias precisiones, que derivan de la mutación constitucional surgida por la conversión de la atribución de dictar medidas extraordinarias en una potestad para dictar disposiciones capaces de suspender temporalmente los efectos de la ley<sup>71</sup>.

#### **5.2.4. Cuarto Período: abril de 1992 - diciembre de 1993**

67.- Ibídem.

68.- Ibídem.

69.- Dictamen de la comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Diputados, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 29 de enero de 1992.

70.- Ibídem.

71.- Ibídem.



### (Ausencia de todo control parlamentario)

Este período abarca desde el golpe del 5 de abril de 1992 hasta que se promulga el 29 de diciembre de 1993, la Constitución Política de 1993. En este período, dadas las características de las medidas tomadas en abril de 1992 y del ambiente político, no existió control parlamentario de los decretos de urgencia. Con fecha 5 de abril, el Presidente Alberto Fujimori emitió un Manifiesto a la Nación, en él, luego de criticar en forma muy severa al Congreso, señaló que "La actitud irresponsable y negativa de los parlamentos no respeta, tampoco los mandatos constitucionales, los cuales son velados conscientemente. Tal es el caso de la promulgación de la Ley N° 25397, denominada Ley de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República<sup>72</sup>", según el Presidente Fujimori, esta ley "pretende maniatar a éste, recortándole atribuciones elementales para gobernar"<sup>73</sup>.

Y no existió control parlamentario por una razón muy sencilla, el Congreso había sido disuelto y cerrado, junto con el Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente, cuando se convoca al Congreso Constituyente Democrático, este se inhibe de todo control dadas su naturaleza Constituyente. Sin embargo, consideramos que la causa fue más política, es decir, la ley 25397 fue una de las causas del golpe del 5 de abril, en consecuencia, suponemos que este debió haberse convertido en un tema un tanto delicado y espinoso.

*"Como Presidente de la República ... he decidido tomar las siguientes trascendentales medidas:*

*...1.- Disolver temporalmente el Congreso de la República, hasta la aprobación de una nueva estructura orgánica del Poder Legislativo la que se aprobará mediante un Plebiscito Nacional....*

*...En tanto se mantengan esta situación de transitoriedad, quedan en suspenso los artículos de la Constitución que no sean compatibles con estos objetivos de Gobierno"<sup>74</sup>.*

No obstante, que el Reglamento del Congreso Constituyente Democrático no desarrolló ningún procedimiento específico de control parlamentario de los decretos de urgencia o decretos supremos extraordinarios, como si lo hace el posterior Reglamento del Congreso, el C.C.D. debió aplicar la ley 25397, norma aún vigente en ese momento, tal como lo señala el profesor Eguiguren<sup>75</sup>. Y encontramos una paradoja pues en este período, por un lado se cita la ley 25397 en diferentes normas legales expedidas por el C.C.D., pero en lo relacionado al control parlamentario de los decretos de urgencia, se guardaba silencio. En ese sentido,

---

72.- Ver el Diario "El Peruano", de fecha 6 de abril de 1992.

73.- Ibídem.

74.- Ibídem.

75.- Francisco Eguiguren Praeli. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. CAJ, Serie: Lecturas sobre temas Constitucionales N° 10, Lima, 1994, pág.

aún cuando el procedimiento de la mencionada ley suponía un Parlamento Bicameral, se debió utilizar la ley 25397, a través de la invocación del art. 2 del Reglamento del C.C.D. que obligaba a este, a desarrollar las mismas funciones que tenía asignado el Congreso Bicameral, con la debida interpretación y adaptación a las nuevas circunstancias:

*"Miembros, duración del mandato y funciones del CCD*

*Artículo 2.- El Congreso Constituyente está integrado por los ochenta congresistas de la República elegidos el 22 de noviembre de 1992 y oportunamente proclamados por el Jurado Nacional de Elecciones. Su mandato dura hasta el 26 de julio de 1995. Tiene por finalidad reformar, total o parcialmente, la Constitución Política de 1979 y asumir las funciones que dicha Constitución confiere al Senado, a la Cámara de Diputados y al Congreso de la República. Su funcionamiento se rige por las disposiciones del presente Reglamento".*

En todo caso, la instalación del Congreso Constituyente Democrático no constituía ninguna barrera jurídica para que este retomara las funciones que la ley 25397 establecía para el Congreso de la República. Sin embargo, sabemos bien que esta renuncia al control parlamentario de los decretos de urgencia, obedece a razones más políticas, estrechamente vinculadas con el autogolpe del 5 de abril de 1992.

Los oficios que enviaba el Presidente de la República al Congreso durante 1995 y hasta inicios de 1996, dando cuenta de la expedición de los decretos de urgencia, hacía referencia a la ley 25397, específicamente al art. 9º76.

#### **5.2.5.- Quinto Período: diciembre de 1993 - mayo de 1995 (Constitucionalización del control parlamentario)**

Este período cubre el tiempo que va desde la promulgación de la Constitución de 1993, el 29 de diciembre del mismo año, hasta la promulgación del Reglamento del Congreso de la República en 1995. No obstante, que no había un Reglamento que estableciera un procedimiento para la convalidación de los decretos de urgencia, la norma constitucional era clara, no sólo al señalar la obligación de dar cuenta al Congreso, sino la facultad de derogar cualquier decreto de urgencia expedido por parte del Congreso, a diferencia de lo señalado por la Constitución de 1979.

*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y*

---

76.- Incluso, en el oficio con que el Presidente de la República envía al Presidente del Congreso, los decretos legislativos, 895 al 905, entre mayo y junio de este año, se utiliza el siguiente fraseo, "De acuerdo a lo dispuesto por el art. 19º de la Ley 25397(...)".

*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".*

A diferencia del artículo de la Constitución de 1979, en el art. 118° inciso 19 de la Constitución vigente se dice "El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia". Aún cuando este agregado era innecesario jurídicamente, si lo era políticamente, desde nuestro punto de vista, es sumamente positivo que se le haya adicionado al artículo anterior, la facultad de derogar los decretos de urgencia, pues permite reforzar y explicitar la facultad del Congreso en relación con el control parlamentario y despejar las dudas que surgieron con el texto de la Constitución anterior.

Según las propias declaraciones de Carlos Torres y Torres Lara, en relación con el control parlamentario de los decretos de urgencia, se siguió, "El procedimiento que hemos seguido hasta ahora, desde que veníamos funcionando como Comisión de Constitución del CCD, el procedimiento que hemos seguido y que ha sido reafirmado por el Reglamento es que cuando se dicta un Decreto de Urgencia se distribuye entre los miembros de la Comisión (...) Así hemos actuado durante más de dos años. Hemos tenido observaciones de algunos Decretos de Urgencia hechos, por ejemplo, por la doctora Lourdes Flores, dos o tres Decretos de Urgencia que llegaron a ser vistos en la Comisión"<sup>77</sup>.

#### **5.2.6. Sexto Período: mayo de 1995 - actualidad (Segunda legislación sobre el control parlamentario de los decretos de urgencia)**

Esta etapa va desde la promulgación del Reglamento del Congreso de la República hasta nuestros días. El Congreso Constituyente Democrático, en el art. 91° de dicho Reglamento, desarrolla el artículo 118 inciso 19 de la Constitución de 1993 de manera explícita. Como se apreciará después, de alguna manera el Reglamento recoge de la Ley 25397, en lo relacionado con el control de los decretos supremos extraordinarios, hoy decretos de urgencia. Estamos pues, ante el segundo intento por legislar por segunda vez el control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente.

##### "Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia"

*Artículo 91.- El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas :*

---

77.- Palabras de Torres y Torres Lara en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 9.



- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.
- c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación.
- d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".

El Reglamento recoge específicamente los artículos 9° 10° y 11° de la Ley 25397, sin embargo, no llega a definir como si lo hace la ley 25397 que se entiende por materia económica financiera, dejando un vacío sustancial, permitiendo de esta manera al gobierno, un margen de discrecionalidad que puede dar paso a la arbitrariedad. Esta modalidad de no definir los supuestos en los que se debe considerar materia económica, parece guardar mucha relación con lo que en doctrina se conoce como conceptos jurídicamente indeterminados. En este caso, la definición de lo que debe entender por materia económica financiera, será una tarea que le tocará al órgano político, esto es al Gobierno, al momento de recurrir a esta norma. Sin embargo, después apreciaremos como se pueden deducir de la Constitución algunos conceptos.

*"Artículo 9.- Dentro de las 24 horas posteriores a la publicación del Decreto Supremo Extraordinario, el Presidente de la República da cuenta por escrito al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.*

*Artículo 10.- Realizado el trámite a que se refiere el artículo anterior y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso o de la Comisión Permanente, remite el decreto supremo extraordinario a las Comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas*



*de ambas Cámaras, las que estudian y dictaminan los decretos supremos extraordinarios que son puestos en su conocimiento en el plazo improrrogable de 15 días útiles.*

*En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide ejercer el control parlamentario con arreglo al presente artículo y al artículo siguiente.*

*Artículo 11.- Las citadas Comisiones emiten dictamen, si consideran que las medidas extraordinarias dictadas no se sustentan en razones de interés nacional no se ha cumplido con los requisitos formales y el marco normativo definido en los artículos 4o. y 5. de la presente Ley. En tal caso concluyen recomendando que se deje sin efecto el decreto supremo extraordinario, remitiendo su dictamen al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente.*

*Si el Congreso o la Comisión Permanente coincide con el criterio de la Comisión Mixta Especial se pronuncia en tal sentido, perdiendo vigencia el decreto supremo extraordinario al día siguiente de la publicación del acuerdo del Congreso en el Diario Oficial”.*

También se adopta la teoría del silencio legislativo positivo aunque no de manera explícita, cuando se señala que sólo se presentarán dictámenes cuando el decreto de urgencia no se ajusta a lo señalado en el art. 118° inciso 19. El fraseo es muy deficiente pues si analizamos el inciso c, veremos que luego de señalar que la Comisión calificará requisitos como la imprevisibilidad y la amenaza a la economía pública, requisitos que no están en el art. 118° inciso 19 de la Constitución Política, la letra c) del art. 91° del Reglamento precisará que sólo presentará dictamen si no se cumple con los requisitos del art. 118° inciso 19. De la lectura parecería que se quedan en el aire, exigencias como la imprevisibilidad y la amenaza para la economía y las finanzas públicas. La redacción parecería que fuera deliberadamente confusa, en todo caso sea o no esta la voluntad del legislador, lo cierto que esta confusión le beneficia directamente al Gobierno. Que pasaría por ejemplo si un decreto de urgencia objeto de control parlamentario cumple los requisitos del art. 118, inciso 19, y, sin embargo, la situación materia del referido decreto era sumamente previsible y constituía una amenaza para la economía y las finanzas públicas. Se debe presentar, dictamen o no. No queda claro.

Podemos distinguir en la letra c) del art. 91° del Reglamento del Congreso, la presencia del principio de razonabilidad del cual hablamos en el capítulo anterior cuando se señala que las medidas "no excedan" el ámbito material. De igual manera, distinguimos el principio de cuando se habla que los decretos "no se justifican".

*“c. La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las*

*medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación”.*

No desarrollaremos el Reglamento del Control pues este será estudiado con mayor detenimiento más adelante.

Sin embargo, merece destacar que, no obstante la existencia de un procedimiento establecido, el Congreso evidenció poco interés en realizar el control de este tipo de normas. De parte de la mayoría, encontramos la ausencia de voluntad política para realizar este control, quizás por su relación y cercanía al Poder Ejecutivo. Por parte de la minoría o de la oposición, se advierte salvo excepciones un desinterés, en otros casos una ignorancia sobre la naturaleza de los decretos de urgencia y sobre los mecanismos utilizados para controlar estos tipos de decretos y en otros tal vez, la conciencia de la ineficacia e inutilidad de dichos mecanismos al no contar con los votos suficientes para derogarlos o modificarlos. No se percibe en las filas de la oposición, conciencia de eso que Manuel Aragón<sup>78</sup> denominaba Control "en" el Congreso y no sólo "por" el Congreso, por más que estemos ante un modelo de control parlamentario que ha plasmado el silencio legislativo positivo, es decir, se presume convalidado el decreto de urgencia ante el silencio del Congreso. No se aprovecha el Congreso como espacio y tribuna pública, cuyos espectadores son la opinión pública y el electorado.

Uno de los argumentos de la mayoría oficialista para negarse al control ha sido un tanto falaz. Es el caso de Enrique Chirinos Soto quien justificaba la expedición de este tipo de normas, en la también desmesurada utilización de dicha institución durante los gobiernos de Fernando Belaúnde y Alan García. Es decir, así ha sido siempre. En todo caso este se puede considerar un argumento político, más no jurídico. Por su lado, el Congresista Jorge Trelles, que es uno de los voceros del partido gobiernista en el parlamento, en este tema, se lamentaba que el Reglamento del Congreso de la República haya ido más allá de los que la Constitución señalaba. Así, en lo referente al requisitos de la "imprevisibilidad" del decreto de urgencia y al requisito que exige que se ponga en "peligro o la amenaza para la economía y a las finanzas públicas" si no se expedía el decreto, ambos requisitos presentes en el Reglamento del Congreso. Este se aferra a la Constitución, señalando que el Reglamento había ido más allá de donde la Constitución le señalaba. A continuación haciendo una interpretación exclusiva de la Constitución e invocando el interés nacional, justificaba los decretos de urgencia expedidos por el gobierno.

En efecto, comentando el artículo 91° del Reglamento, Jorge Trelles llegará a decir que, *“hay un artículo infeliz en nuestro Reglamento que es menester mirarlo teniendo presente la Constitución, la ley superior, la Constitución. El olvido*

---

78.- Aragón, Manuel, *op. cit.*, págs. 170 y ss.

*constitucional puede darle a este inciso del reglamento, un alcance que no puede tener mientras rija la Constitución"*<sup>79</sup>.

Durante este período, se puede advertir algunos esfuerzos por impulsar el control parlamentario de los decretos de urgencia a pesar de tener el gobierno una mayoría oficialista, disciplinada.

#### 5.2.6.1. Los dictámenes de control de los decretos de urgencia presentados Carlos Chipoco

El Congresista Carlos Chipoco Cáceda, ha presentado sistemáticamente dictámenes ante la Comisión de Constitución y Reglamento, en donde analiza la adecuación de los decretos de urgencia a los requisitos exigidos en la Constitución Política y en el Reglamento. En relación con los decretos que no se ajustan a los requisitos constitucionales, recomienda la derogación o la presentación bajo la forma de ley o simplemente sugiriendo que el contenido del decreto de urgencia sea presentado a través de decretos o de resoluciones supremas.

El control que realiza el congresista Carlos Chipoco es un control básico y fundamentalmente, jurídico, un control de la constitucionalidad, un control donde verifica y comprueba la constitucionalidad de los decretos de urgencia, y en menor medida, un control político, de acuerdo con el criterio de conveniencia y oportunidad política. Sin embargo, como ya hemos visto, en la evaluación de la situación extraordinaria y urgente siempre habrá un nivel de evaluación de la oportunidad.

El Congresista Carlos Chipoco concluye su dictamen presentando una serie de conclusiones y luego recomendaciones. Entre las principales conclusiones tenemos<sup>80</sup>: En primer lugar, Chipoco señala que algunos de los decretos de urgencia son correctos y necesarios (principio de oportunidad), sin embargo, señala que el trámite que se ha seguido para aprobar la norma es incorrecto, razón por la que sostiene que los referidos decretos han debido ser presentados como proyectos de ley, y seguir el trámite correspondiente en la Comisión de Constitución y Reglamento o en cualquier otra que corresponda. Luego sostiene que los decretos de urgencia habiendo superado a las leyes ordinarias han devenido en una invasión inconstitucional de las facultades del legislativo por parte del Poder Ejecutivo. Esta invasión de facultades legislativas debe detenerse. Del mismo modo el Presidente del Consejo de Ministros debe dar explicaciones de esta invasión de facultades legislativas ante el Pleno del Congreso<sup>81</sup>.

---

79.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de Debates de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Segunda Legislatura Ordinaria de 1995, del 12 de marzo de 1996, pág. 21.

80.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, págs. 111 y ss.

81.- *Ibíd.*, pág. 114.



También concluye en que los decretos de urgencia expedidos por el Ejecutivo, entre los años de 1995 hasta 1997, no se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles. Asimismo, su no-regulación inmediata, en absoluto entraña situación alguna de peligro para la economía nacional y las finanzas públicas. En esa misma línea, a parte de las irregularidades antes advertidas, observa que los decretos de urgencia recientemente promulgados por el Ejecutivo, carecen de la menor naturaleza de transitoriedad y temporalidad inherentes a este tipo de normas.

Chipoco más adelante señala, que en buena parte de los decretos de urgencia, nos encontramos ante situaciones no normadas en su oportunidad, por negligencia o falta de capacidad, de previsión y anticipación del Ejecutivo, las mismas que pretenderían ser reguladas por la vía de los decretos de urgencia. El objeto de ello, sería no sólo salvar la situación, sino eludir los procedimientos legales establecidos, sobre el requisito constitucional de efectuar la adquisición a través de una licitación pública o concurso público, tal como lo ordena indefectiblemente el art. 76° de nuestra Carta Política, y la ley de Presupuesto del Sector Público de 1995.

Finalmente, el mencionado congresista señala que el Ejecutivo está expidiendo decretos de urgencia con mala técnica legislativa. En efecto, no pocos decretos de urgencia, desconociendo que estos son normas con rango de ley, contienen actos administrativos de contenido particular y de mandato ejecutivo, careciendo de la generalidad y de contenido normativo propios de las leyes<sup>82</sup>.

Todos estos argumentos, motivan que el Congresista Carlos Chipoco solicite formalmente mediante su dictamen, en primer lugar, invitar al Presidente del Consejo de Ministros a que explique ante el Pleno del Congreso la invasión de facultades legislativas que ha desarrollado el ejecutivo durante el período agosto 1995 hasta junio 1997<sup>83</sup>.

En segundo lugar, requiere al Ejecutivo para que envíe los Decretos de Urgencia SECRETOS, con el objeto que el Congreso pueda realizar el control de la constitucionalidad de mencionados decretos, de acuerdo al art. 91° del Reglamento del Congreso de la República y al art. 104° de la Constitución Política.

---

82.- Esta posición no es tan consensual. En este punto discrepamos con autores como García de Enterría, quien admite que "puede ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser un mandato singular o excepcional(...)De hecho son usuales y, por supuesto, valen como Ley, que es lo que importa, preceptos singulares y específicos, para supuestos únicos o para sujetos también concretos, entre ellos los casos de derogaciones singulares que suponen apartar de la regla común general a uno o varios casos especiales". Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 144.

83.- Dictamen de Carlos Chipoco, op. cit., pág. 116.



Chipoco concluye su dictamen, pronunciándose en un caso por la derogatoria de una serie de decretos de urgencia<sup>84</sup>. En el caso de otros decretos de urgencia, propone además de la derogatoria de los decretos de urgencia, la recomendación para que, los mismos decretos de urgencia se presenten como proyectos de ley ante el Congreso, para su aprobación respectiva o ser aprobados por Resolución Suprema. Asimismo, recomienda realizar los diferentes procedimientos de licitación pública de acuerdo al art. 76° de la Constitución Política y de las diferentes Leyes de Presupuesto Público.

#### 5.2.6.2. Formación de la "Subcomisión de Trabajo de la Comisión de Constitución, encargada de estudiar la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos"

Como consecuencia de dicho pedido, la Comisión de Constitución, formó la subcomisión conformada por los Congresistas Jorge Trelles y Ricardo Marcenaro por parte de las filas de la mayoría y el congresista Carlos Chipoco de la oposición, con la finalidad de estudiar la constitucionalidad de los decretos de urgencia expedidos por el gobierno. Además de los dictámenes presentados por el Congresista Carlos Chipoco, los otros miembros de la subcomisión han presentado sendos dictámenes, con la inocultable finalidad de defender los decretos expedidos por el gobierno. Así, en la sesión del 26 de marzo de 1996 la Comisión de Constitución y Reglamento acuerda formar la "Subcomisión encargada de estudiar y analizar los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos", sin señalar plazo alguno para la presentación del informe.

Posteriormente, en sesión de fecha 30 de abril de 1996, la Comisión de Constitución acuerda que dicha Subcomisión tendrá un plazo de 15 días, desde que la Secretaría remita la documentación pertinente, para emitir su informe. Además,

---

84.- Chipoco propone "Reiterar nuestra opinión, por la DEROGATORIA DE LOS DECRETOS DE URGENCIA N° 045-95, 046-95, 047-95, 048-95, 049-95, 050-95, 051-95, 054-95, 055-95, 056-95, 057-95, 058-95, 060-95, 063-95, 064-95, 065-95, 066-95, 067-95, 068-95, 069-95, 070-95, 072-95, 003-96, 004-96, 005-96, 006-96, 007-96, 008-96, 009-96, 010-96, 011-96, 012-96; 0013-96; 014-96; 015-96; 017-96; 018-96; 019-96; 021-96; 022-96; 030-96; 034-96; 038-96; 039-96; 040-96; 041-96; 044-96; 059-96; 045-96; 046-96; 047-96; 052-96; 055-96; 058-96; 069-96; 070-96, 072-96; 084-96, 085-96, 087-96, 088-96 y 090-96". Luego propone "la DEROGATORIA DE LOS DECRETOS DE URGENCIA N° 076-96; 077-96; 078-96; 079-96; 080-96; 084-96; 085-96; 087-96; 088-96; 089-96; 090-96; 098-96; 099-96; 100-96; 108-96; 111-96, 114-96; 115-96, 118-96, 119-96, 122-96; 123-96; 124-96; 004-97; 008-97; 009-97; 010-97; 011-97; 012-97; 014-97; 015-97; 019-97; 021-97; 023-97; 027-97; 029-97; 030-97; 031-97; 032-97; 044-97; 045-97; 053-97; 054-97; 055-97; 058-97; 059-97; 061-97; 068-97; 069-97; 070-97; 073-97; 074-97; 078-97; 079-97; 080-97; 083-97; 084-97; 085-97, 086-97; 087-97; 103-97; 101-97; 106-97; 107-96; 108-97 y 109-97, 110-97, 113-97, 002-98, 003-98 y 014-98, deben presentarse los proyectos de ley correspondientes al Congreso de la República para su aprobación respectiva o ser aprobados por Resolución Suprema, así como realizar los diferentes procedimientos de licitación pública de acuerdo al art. 76° de la Constitución Política y de las diferentes Leyes de Presupuesto Público.

en dicha sesión se acordó otorgarle a la Subcomisión el carácter de permanente y también la facultad de **opinar sobre la Constitucionalidad** de los Decretos de Urgencia y de los Decretos Legislativos. Es decir, se opta por hacer un control de la constitucionalidad, guardándose silencio acerca del control político, del control de oportunidad y conveniencia, propios del ámbito de control político del Congreso. Este tema será explicado más adelante.

#### 5.2.6.3. Los dictámenes de la "Subcomisión"

Como dijimos, la Comisión de Constitución y Reglamento formó la Subcomisión encargada de estudiar y analizar los Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos, sin señalar plazo alguno para la presentación del informe. En cumplimiento de dicho mandato, la Subcomisión presentó los informes de fechas 28 de mayo de 1996, 9 de diciembre de 1996, 2 de julio de 1997 y 3 de febrero de 1998, en los cuales se analizaron 36 de decretos de urgencia (del 045-95 al 034-96), 67 decretos legislativos (del 827 al 893); 55 decretos de urgencia (del 035-96 al 089-96) y el Decreto Legislativo 894; 92 decretos de urgencia (del 090-96 al 053-979); y, 60 decretos de urgencia (054-97 al 114-97), respectivamente.

En el informe que presentaron el 28 de mayo de 1996, los congresistas Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles acordaron rechazar mayoritariamente por dicha subcomisión el dictamen presentado por el Congresista Carlos Chipoco pidiendo se deroguen 33 decretos de urgencia<sup>85</sup>.

En este dictamen, se concluye en que "Los decretos de urgencia analizados han sido dictados conforme a los requisitos señalados en la Constitución, salvo las objeciones que señalamos más adelante". A continuación, "se requiere el informe del Señor Primer Ministro en el que se justifique la urgencia de los Decretos de Urgencia siguientes: 050-95, 057-95, 058-95, 063-95, 004-96, 008-95, 010-96, 011-96, 021-96, 022-96, 026-96 y 030-96.

Con relación al primer dictamen de fecha 28 de marzo de 1996, nos parece sugerente lo señalado en la tercera conclusión, con relación al Reglamento del Congreso, norma omitida al momento de realizar el control parlamentario de los Decretos de Urgencia por parte de los dos miembros de la mayoría parlamentaria, no obstante contener el procedimiento de control de los decretos de urgencia. En dicho acápite se dice en forma clara que: "Debe modificarse el Reglamento del Congreso, a fin de que no se oponga a lo establecido en la Constitución", idea que como sabemos fue será formulada en el proyecto de ley que Marcenaro.

En él último informe presentado con fecha 3 de febrero de 1998, se concluye luego de la revisión realizada de 60 decretos de urgencia, se concluye que "la mayoría han cumplido con los requisitos impuestos por la Constitución". El informe considera necesario solicitar mayor información al Señor Primer Ministro

---

85.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, pág. 116.

de los decretos de urgencia N° 058-97, 066-97 y 101-97 "a fin de poder emitir opinión definitiva de éstos.

Merece destacarse también que el informe señala como una de la característica de los decretos de urgencia

*"El Congreso si lo estima adecuado puede modificar o derogar los Decretos de Urgencia. La comunicación al Congreso tiene por objetivo que si éste lo considera conveniente puede modificar o dejar sin efecto él o los decretos de urgencia"86.*

Encontramos la "conveniencia" como criterio del control parlamentario de los decretos de urgencia, criterio que como sabemos es un concepto propio del control político, ya trabajado en capítulos anteriores.

#### 5.2.6.4. Proyecto de Ley presentado por Jorge Trelles

Quizá como una respuesta a los dictámenes de Carlos Chipoco, el congresista Jorge Trelles, presentó un proyecto de ley de reforma del Reglamento del Congreso (Proyecto de ley N° 1114/95/CR de fecha 19 de marzo de 1996). Este proyecto será importante porque se trata de incorporar explícita y formalmente el control político sobre la base de una suerte de principio de oportunidad. En él, se proponía modificar la letra c del art. 91° del Reglamento que está redactado de la siguiente manera:

*"c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación".*

En lugar de este texto, Trelles proponía un texto más pequeño y menos claro:

---

86.- Informe de la subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 3 de febrero de 1998, suscrito por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles. Se analizan, 60 decretos de urgencia (054-97 al 114-97).

*"c) La Comisión informante revisará si el decreto de urgencia es conveniente. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias no son parcial o totalmente convenientes, en cuyo caso lo modificará o derogará respectivamente en el término de quince (15) días útiles".*

Se advierte que, jurídicamente, se trata de una modificación sustancial, pues se pasa del control de la constitucionalidad al control político. En la exposición de motivos se señala que, el control de la Constitución lo realiza el Tribunal Constitucional, la Carta Magna no señala a ningún otro órgano competente para ejercer la facultad de control Constitucional de las normas. Al Congreso, le asigna una suerte de función de fiscalización y no le falta razón. Según el texto, "La obligación que tiene el Presidente de la República de dar cuenta al Congreso sobre los decretos de urgencia a fin de que éste los modifique o derogue, permite el ejercicio de la facultad de fiscalización del Congreso, quien se pronuncia acerca de la conveniencia de la norma".

Esta propuesta revela la posición y la interpretación de la mayoría del Congreso y de alguna manera también la posición del Poder Ejecutivo en estos momentos. El concepto de "conveniencia" guarda estrecha relación con el concepto de oportunidad, que es propio del control político. Así el congresista Jorge Trelles, no sabemos hasta cuanto deliberadamente, propone cambiar de un control de la constitucionalidad por un control político, aún cuando limita este último, porque nada impide, realizar también un control de la constitucionalidad de estas normas, precisamente por el parámetro subjetivo que tiene, tal como ya lo hemos explicado en capítulos anteriores.

#### 5.2.6.5. Informe del Poder Ejecutivo sobre los decretos de Urgencia

Con fecha 2 de setiembre de 1997, mediante oficio N° 313-97-PCM/DM, el Presidente del Consejo de Ministros oficio al Presidente de la Subcomisión de Trabajo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, informando sobre las razones que han motivado la expedición de diversos decretos de urgencia. El informe es importante, porque contiene una parte conceptual y teórica de los decretos de urgencia, donde el gobierno fija su posición sobre este tema tan controversial.

En dicho documento se establece que la facultad del Presidente de la República "no requiere de delegación previa del Congreso, no estando sujeta a opinión previa de otro órgano del Estado". Esto es algo obvio, no estamos ante decretos legislativos. Es la misma idea de "control previo", que se esbozó en las observaciones del Presidente de la República a la autógrafa del proyecto de la ley que luego se convertiría en la ley 25397, en 1992. Como se aprecia, el gobierno insiste en la teoría del control previo.



Otro dato interesante es el referido a la ausencia de referencia al Reglamento del Congreso de la República, que en su artículo 91° desarrolla el procedimiento de control de los decretos de urgencia en extenso, salvo para decir que en dicho artículo "*se establece el plazo y el trámite que rigen esta atribución*"<sup>87</sup>. No se dice nada por ejemplo de la necesidad que el hecho constituya una situación que ponga en peligro amenace la economía o las finanzas públicas o que esta norma se expide como consecuencia de un hecho o de una situación imprevisible.

Sobre el carácter extraordinario de los DU, el gobierno señala que "*no existe en nuestro ordenamiento una definición taxativa de lo que implica la extraordinariedad de la medida, sino que se trata de **concepto jurídico indeterminado**, el cual se determinará caso por caso, que no depende exclusivamente de la discrecionalidad del Presidente sino que presume la existencia de hechos habilitantes para tal efecto*"<sup>88</sup>. El gobierno agrega que el concepto de adecuación ya no a la Constitución de dichas medidas, sino que dichas "*medidas adoptadas se **adecuan a las necesidades afrontadas***. Ello implica, pues, un **nexo** entre la situación que se afronta y las medidas que en el derecho se adoptan". Aquí se aprecia la presencia de un claro criterio de conveniencia y de oportunidad propio del control político.

Sobre la materia económica o financiera de los Decretos de Urgencia, "se incluye a toda materia que pueda tener efectos sobre las normas de carácter presupuestal, lo cual abarca materias, aspectos como remuneraciones, pensiones, endeudamiento interno y externo, procesos de selección para adquisiciones y contrataciones, modificaciones a la ley de Presupuesto, siempre que ello sea requerido por el interés nacional".

Acerca de la definición del interés nacional, el documento deja muchas dudas y ambigüedades. Según el gobierno, se entenderá por interés nacional, "todo aquello que sirve a los objetivos fundamentales del Estado, y que responde a la utilidad, conveniencia o bienestar de la mayoría".

El documento hace una mención del problema del control parlamentario de los decretos de urgencia. Según dicho documento, "Nuestra Constitución (...) establece la obligación del Poder Ejecutivo, de dar cuenta al Congreso, lo cual implica la atribución que tiene éste de ejercer el control político sobre estas medidas, quedando facultado para modificarlas e incluso derogarlas cuando éstos no se ajustan al marco constitucional establecido".

---

87.- Oficio N° 313-97-PCM/DM de fecha 2 de setiembre de 1997 dirigido al Congresista Ricardo Marcenaro por el Presidente del Consejo de Ministros, informando sobre las razones que han motivado la expedición de diversos decretos de urgencias.

88.- *Ibidem*.

Como se precia, el documento del Consejo de Ministros también confunde el control político y el control de la constitucionalidad, no obstante que reconoce que el Tribunal Constitucional realizará el control de la Constitucionalidad, cuando dice que "Además del control político, las medidas de urgencia tienen un control jurisdiccional posterior que es ejercido por el órgano que vela por la constitucionalidad de las normas, es decir, por el Tribunal Constitucional"<sup>89</sup>. Efectivamente se advierte como, luego de señalar que le toca al Congreso realizar el control político, sostiene que podrá modificarlas o derogarlas, cuando estas "no se ajusten al marco constitucional establecido".

En todo caso, siempre quedará abierta la posibilidad que el Congreso derogue los decretos de urgencia si es que su "subjetivo" criterio y apreciación, no se ajusta a la Constitución.

#### 5.2.6.6. Proyecto de Ley orgánica del Poder Ejecutivo

Finalmente, es también durante esta etapa que, se presenta el proyecto de Ley Orgánica de Poder Ejecutivo aún no-aprobado. En efecto, con fecha 21 de febrero de 1997, el Presidente de la República envió el oficio N° 024-97-PR mediante el cual invocando el art. 105 de la Constitución se propone el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

##### *"Decretos de Urgencia*

*Artículo 6.- Los decretos de urgencia tienen fuerza de ley. Se dictan de manera extraordinaria, por razones de interés nacional, en materia económica financiera y requieren el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Son rubricados por el Presidente de la República, refrendados por el Presidente de la República, refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas. Los decretos de urgencia no podrán contemplar materias tributarias"*<sup>90</sup>.

Se aprecia como en este proyecto la omisión al control parlamentario de los decretos de urgencia por parte del Gobierno, omisión que no creemos casual. Si no que es congruente con toda una posición tomada por el gobierno.

#### 5.2.6.7. El primer caso de derogación de decretos de urgencia por el Congreso de acuerdo al art. 91° del Reglamento: La derogación de los D.U. N° 029, 030 y 031

Los decretos de urgencia 029-97, 030-97 y 031-97 constituyen el primer caso de derogación de dicho tipo de normas por parte del Congreso, de acuerdo al

---

89.- *Ibíd.*

90.- El proyecto no tiene numerados los artículos, quizás porque es eso, un proyecto.

procedimiento regulado en el art. 91º del Reglamento del Congreso de la República. Esto no quiere decir que antes no hubo control, sino simplemente que, hasta ahora no se habían derogado decretos de urgencia como consecuencia del procedimiento señalado. El resto de los decretos de urgencia expedidos por el gobierno de 1995 hasta la fecha, fueron convalidados, como consecuencia del silencio legislativo positivo.

Aquí recogeremos algunas ideas vertidas tanto en la discusión ocurrida en la Comisión de Constitución como en la que tuvo lugar en el Pleno del Congreso de la República.

////////

#### 5.2.6.7.1. Cronograma de los Hechos

El **2 de abril de 1997**, se publican los decretos de urgencia 029-97-PR, 030-97-PR y 031-97-PR. El D.U. N° 029-97: "Declaran nulas resoluciones que restituyen a personal de las fuerzas policiales y sanidad a las categorías de empleados civiles, oficiales o subalternos de servicios", el D.U. N° 030-97, "Restituyen condición laboral de empleados civiles o personal subalterno, a oficiales o personal subalterno de la SPNP que fueron incorporados de acuerdo a la Ley N° 25066" y, el D.U. N° 031: "Establecen procedimiento para facilitar el acceso de personal comprendido en disposición complementaria del D. Leg. N° 817, al Sistema Nacional de Pensiones".

En sesión de la Comisión de Constitución celebrada el día martes **9 de setiembre de 1997**, el Presidente de la misma, da cuenta de la Carta N° 116-97-RMF-CR, suscrita por los congresistas Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles, adjuntando el informe del Presidente del Consejo de Ministros, quien explica a solicitud de la Subcomisión, las razones que motivaron la expedición entre otros de los Decretos de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97. El Presidente dispone que ambas comunicaciones pasen a la Orden del Día y se distribuyan entre los miembros de la Comisión.

- Posteriormente en sesión de la Comisión de Constitución celebrada el día **28 de octubre de 1997**, el Presidente da cuenta de las comunicaciones suscritas por la Congresista Luz Salgado y por el Defensor del Pueblo, en las que recomiendan que la Comisión de Constitución, apruebe la derogatoria de los Decretos de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97. En la misma sesión, los Congresistas Javier Alva, Roger Cáceres y María Jesús Espinoza, manifiestan haber presentado proyectos de ley proponiendo derogar los decretos mencionados. El Congresista Roger Cáceres propone que, habiendo coincidencia en las propuestas de derogatoria, pasen a la Orden del Día. El Presidente de la Comisión conviene en la propuesta.

- En sesión de la Comisión de Constitución de celebrada el día martes **2 de diciembre de 1997**, el Presidente solicita al Congresista Ricardo

Marcenaro que, en su condición de Presidente de la Subcomisión, informe sobre la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97. El Presidente de la referida Subcomisión solicita un plazo adicional de tres semanas, a fin de presentar un informe más detallado, solicitud que es aprobada.

- Posteriormente, casi tres meses después, el **17 de marzo de 1998**, se presenta el informe de la Subcomisión presidida por el Congresista Ricardo Marcenaro, en el cual se propone derogar los decretos de urgencia 029-97, 030-97 y 031-97, es aprobado por unanimidad por la Comisión de Constitución, el informe.

- El jueves **26 de marzo de 1998**, el Pleno del Congreso aprueba el dictamen del informe favorable y aprobado en forma unánime por la Comisión de Constitución, en virtud del cual se derogan los Decretos de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97.

- El **27 de marzo de 1998**, es enviado la autógrafa al Poder Ejecutivo mediante sobre 101-97, para que este promulgue el mencionado proyecto.

- El **4 de mayo de 1998**, el Congresista Javier Diez Canseco, mediante oficio N° 0236-98-CR/JDC solicitó al Presidente del Congreso de la República que promulgue la autógrafa del proyecto de ley en cuestión, de acuerdo a lo señalado en el art. 91° del Reglamento. Un similar pedido fue realizado por el congresista Antero Flores Araoz.

- El **12 de mayo de 1998**, el Señor Hugo Cortez, Jefe de la Oficina de Trámite Documentario, mediante Memorándum N° 033-98-OTD/CR, manifiesta que a la fecha no existe ninguna observación por parte del Poder Ejecutivo a la autógrafa del Proyecto de Ley 3501-97.

- Finalmente, es recién el **29 de mayo de 1998** es promulgada por el Presidente del Congreso de la República, y al día siguiente publicada en el diario oficial "El Peruano" a través de la Ley N° 26959, sin que el Presidente de la República la promulgue o la observe, 1 año y dos meses la publicación de los mismos. En dicha ley se utiliza el siguiente tenor: *"No habiendo sido promulgada oportunamente por el Señor Presidente de la República, en observancia de lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Perú, mando se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento"*.

#### 5.2.6.7.2. Aspectos procedimentales

La principal inquietud es analizar porqué se extendió tanto el procedimiento de control parlamentario. En ese sentido, analizar si esto se debió a razones



relacionadas con el propio procedimiento, o a razones externas, de naturaleza más política.

<b>APLICACIÓN DEL ART. 91° DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO AL CASO DE LA DEROGATORIA DE LOS DECRETOS DE URGENCIA N° 029-97-PR; 030-97-PR Y 031-97-PR</b>		
Etapas del procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia	Art. 91° del Reglamento del Congreso	Derogación de los D.U. N° 029-97-PR, 030-97-PR y 031-97-PR
Publicación del Decreto de Urgencia	--	2 de abril de 1997
El Presidente de la República da cuenta al Presidente del Congreso	Dentro de las 24 horas posteriores a la publicación	3 de abril de 1997 ingresa a Trámite Documentario
El Presidente del Congreso envía el expediente al Presidente de la Comisión de Constitución	A más tardar al día siguiente	4 de abril de 1997
El Presidente de la Comisión de Constitución comunica los miembros de la Comisión de Constitución	No se establece plazo.	23 de abril de 1997
Estudio de la Comisión de Constitución de los decretos de urgencia	Plazo improrrogable de <b>15 días</b>	<b>351 días</b> (17 de marzo de 1998)
Aprobación por el Pleno del Congreso	No se establece plazo	9 días (26 de marzo de 1998)
Promulgación por el Presidente del Congreso	No se establece plazo	64 días (29 de mayo de 1998)
Publicación de ley derogatoria de los decretos de urgencia	No se establece plazo	2 días (30 de mayo de 1998)

Tenemos en primer lugar, que no obstante que el art. 91° letra "b" del Reglamento del Congreso precisa que el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución "para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles", dicha Comisión recién discute y vota la convalidación de los decretos de urgencia el 26 de marzo de 1998. Es decir, casi un año después, y no quince días como se estableció en el Reglamento.

Asimismo, tenemos que el artículo 91° letra "d" no establece el plazo que tiene el Presidente del Congreso para promulgar la ley que contiene la derogación

del decreto de urgencia<sup>91</sup>. Pero en todo caso, este debió realizarse en forma inmediata, más aún cuando, la promulgación no depende ya de otra persona que no sea el Presidente del Congreso, no tiene que enviarla al Presidente de la República para que la observe.

Una primera conclusión, es la total inobservancia de los plazos establecidos en el Reglamento del Congreso, para realizar el control de los decretos de urgencia. En efecto, un procedimiento, que no debería durar más de un mes, demoró casi un año. Luego de estructurar un proceso sumario para que la Comisión de Constitución realice el control de los decretos de urgencia, no se ha señalado una vez aprobado el dictamen en dicha Comisión de Constitución, el plazo para la aprobación por el Pleno del Congreso del dictamen, el plazo que tiene el pleno del Congreso para la promulgación, y de la ley derogatoria de los decretos de urgencia.

Resulta contraproducente que luego de haberse establecido plazos expeditivos, el dictamen favorable de la Comisión de Constitución quede, relegado y olvidado, tal como sucedió con estos dictámenes, en el Pleno del Congreso, esperando su turno. Debería tener alguna prioridad el debate y votación de los Decretos de Urgencia en el Pleno, y no darlele un tratamiento como si es que fuera un proyecto de ley ordinario más, de los que se encuentra en espera de ser aprobados en el Pleno del Congreso. Aquí debería de señalarse que será en la próxima sesión plenaria donde se debatirá y votará el dictamen emitido por la Comisión de Constitución, o en su defecto, cuando se encuentre en receso el Congreso, será la Comisión Permanente, la que en un plazo no mayor de quince días, debata y vote el dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso.

En este proceso de control surgió un interesante debate en torno a quien debe promulgar la ley que deroga el control parlamentario. Este aspecto lo analizaremos más adelante.

#### **5.2.6.7.3. Aspectos de fondo**

Es interesante advertir de una manera clara y directa la utilización de la Constitución Política como parámetro de control de los decretos de urgencia, y de una manera menos evidente el criterio de oportunidad y de conveniencia. Sin embargo, en esta parte sólo queremos analizar, el parámetro utilizado por el Congreso a la hora de realizar el control parlamentario. La derogatoria de los decretos de urgencia, si bien se realizó el 26 de marzo de 1998, el tema se siguió discutiendo hasta el 14 de mayo del mismo año, demora que tuvo como objeto, que el Parlamento apruebe una ley que reemplace los decretos de urgencia derogados.

#### **5.2.6.7.4. La Constitución como parámetro "explícito" del control parlamentario de los decretos de urgencia**

En la sesión plenaria donde se debatió y voto la derogación de los decretos de urgencia 029, 030 y 031 se manejaron diferentes criterios. Ahora, si bien resulta difícil extraer conclusiones generales y categóricas, con todo el riesgo y el límite que significa descontextualizar palabras y oraciones, sin embargo, la

---

91.- "Artículo 91. D: "Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".

coincidencia de algunas intervenciones y el cargo y responsabilidad dirigente de estos, nos muestra de alguna manera la concepción de control parlamentario que se maneja mayoritariamente en el Congreso, concepción donde, la Constitución aparece como el parámetro "explícito" de control de las normas antes mencionadas Ricardo Marcenaro, en su calidad de miembro y Presidente de la Subcomisión encargada de estudiar los decretos de urgencia, señaló en el momento que presentaba el dictamen de la Comisión de Constitución en el Pleno del Congreso de la República, al inicio de la discusión de los decretos de urgencia 029, 030 y 031, que **"En consecuencia, ése es el tema que nosotros tenemos que tratar el día de hoy: si estos decretos de urgencia son o no constitucionales"**<sup>92</sup>. Mas adelante señalará que "Por último, no pretendiendo extenderme mucho en este tema, quiero darles otro argumento constitucional por el cual considero que estos decretos son inconstitucionales"<sup>93</sup>. Ese era el criterio principal y el marco general de análisis en el control parlamentario de los decretos de urgencia.

Sin embargo, será Jorge Trelles, miembro de la mayoría parlamentaria que no sólo es miembro de la Comisión de Constitución sino también de la "Subcomisión" al igual que Ricardo Marcenaro y junto con Carlos Chipoco, quien en el transcurso del debate señaló que el "análisis de fondo" no le correspondía al Congreso, sino al parecer al Ejecutivo, razonamiento que como ya lo hemos señalado nos parece equivocó, y se inscribe en la posición que busca reducir el control parlamentario de los decretos de urgencia a un control de la constitucionalidad, renunciando al control según el criterio de oportunidad.

*"(...) lo que ha hecho la Comisión de Constitución es simplemente analizar la constitucionalidad de algunos decretos de urgencia. No hemos entrado al análisis de fondo porque no nos corresponde; pero lo que sí hemos dicho es que, por razón de la materia, estos decretos se han excedido". (...) En segundo lugar, que simplemente estamos cumpliendo con nuestro deber constitucional de analizar la legalidad o ilegalidad de los decretos de urgencia, sin pronunciarnos sobre el fondo del asunto. Y en tercer lugar, Presidenta, que en este caso como en otros anteriores estamos demostrando con hechos que la Comisión de Constitución y el Congreso tienen por encima de todo el respeto por la Constitución"*<sup>94</sup>.

Con relación a las razones y criterios no constitucionales invocadas a la hora de realizar el control parlamentario, Jorge Trelles señaló en la Comisión de

---

92.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15<sup>a</sup> A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998. Esta afirmación es la misma que el sostuvo en la sesión de la Comisión de Constitución el día martes 17 de marzo de 1998. Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 del Congreso de la República.

93.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15<sup>a</sup> A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998

94.- Ibídem.

Constitución que: *"No está en nuestro ánimo hacer justicia ni determinar injusticias, está en nuestro ánimo determinar la constitucionalidad de unos decretos; ahora, hacer justicia no es tan fácil, es muy fácil decir: Hágase justicia, otra cosa es hacer justicia conforme a ley"*<sup>95</sup>.

La explicación de la adopción exclusivamente de la Constitución como parámetro de control parlamentario de los decretos de urgencia en el caso específico, estaría en nuestro parecer, en el hecho que no se diferencie entre la función "técnica" de la Subcomisión, y la función más política de la Comisión de Constitución, pero sobre todo del Pleno del Congreso. Y para ello basta con apreciar otra vez cual era la función de la Subcomisión que preside Ricardo Marcenaro cuando se discutía los decretos de urgencia 029, 030 y 031 en la Comisión de Constitución del Congreso de la República:

*"La función de esta subcomisión es exclusivamente determinar si los decretos de urgencia son constitucionales o no lo son; ahora, entrar al fondo de lo que tratan los decretos de urgencia no es nuestra función y lo que hemos hecho es determinar que estos decretos de urgencia exceden el ámbito del Poder Ejecutivo y no son constitucionales"*<sup>96</sup>.

En todo caso, estimamos que la discusión no se puede dar en el aire o partir de cero. La Constitución sería así el punto de partida del parámetro de control parlamentario de los decretos de urgencia. El problema es que se quedan ahí nomás, no van hacia los criterios de oportunidad.

#### 5.2.6.7.5. En relación a los requisitos constitucionales para expedir decretos de urgencia

En relación a los requisitos que la Constitución y el Reglamento exigen, es también interesante recoger algunas intervenciones realizadas en la discusión en la Comisión de Constitución y en el Pleno del Congreso, en tanto estas constituyen interpretaciones de los mencionados cuerpos normativos.

##### *Sobre la imprevisibilidad y la amenaza a las finanzas públicas*

Con relación a los requisitos para su expedición, es importante señalar como se guarda silencio sobre los requisitos exigidos por el art. 91° del Reglamento del Congreso de la República: esto es, que sea **imprevisible, y que amenace o ponga en peligro la economía nacional y las finanzas públicas**, durante la presentación del dictamen en el Pleno del Congreso. En efecto, como señala Marcenaro:

*"Pero para saber si son constitucionales o no, tenemos que determinar tres elementos: el primero de ellos, si realmente contienen materia económico-financiera; el segundo de ellos, si la medida ha sido urgente, porque se tratan de*

---

95.- Transcripciones Magnetofónicas de la Sesión de la Comisión de Constitución el día martes 17 de marzo de 1998. Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 del Congreso de la República.

96.- Ibídem.



*decretos de urgencia o extraordinarios; y en tercer lugar, si tienen o no un interés nacional”97.*

Posteriormente, durante la presentación del Informe de la Subcomisión, en la Comisión de Constitución del Congreso de la República, tres preguntas se formula Marcenaro durante su intervención: “Primera pregunta. ¿Son constitucionales porque han visto materia económica y financiera? ¿La materia de estos decretos, es materia económica y financiera? (...)”. Luego agrega “Segundo requisito. ¿Son de urgente regulación? Era de gran emergencia regularlos en ese momento(...)”. Finalmente “En tercer lugar. La tercera pregunta es: ¿Es de interés nacional?”. Finalmente agrega que “Por todas estas razones, nosotros llegamos a analizar que realmente estos decretos de urgencias tenían que ser declarados inconstitucionales”98.

Confróntese esto con el art. 91º del Reglamento

*“Artículo 91º (...)*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación”.*

Lo más lejos que llega Marcenaro es cuando no habla no de la amenaza para la economía y las finanzas públicas tal como señala el Reglamento, sino “peligro inminente para el país o para la Nación”, término más amplio y restrictivo que el anterior.

*“Pero, además, la pregunta que surge es la siguiente ¿y eran urgentes esos decretos de urgencia?, es decir, ¿era necesario en ese momento, por razones extraordinarias, dictar esos dispositivos porque ya no se podían hacer cuatro, cinco o diez días después o porque realmente era un peligro inminente para el país o para la Nación?”99..*

---

97.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15ª A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998

98.- Transcripciones Magnetofónicas de la Sesión de la Comisión de Constitución el día martes 17 de marzo de 1998. Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 del Congreso de la República.

99.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15ª A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998.

Obviamente, el silencio sobre estos dos requisitos no es casual o simple descuido, sino que constituye una interpretación de la Constitución y sobre todo del Reglamento del Congreso, que la mayoría parlamentaria adopta deliberadamente, con el inocultable objeto de eludir el control parlamentario y la eventual derogatoria de los decretos de urgencia expedidos por el Gobierno.

#### *5.2.6.7.5.1. Sobre la urgencia:*

En relación con la urgencia, destaca el criterio de la inmediatez de la acción del estado, en relación con el criterio de peligro inminente para la Nación.

*"Pero, además, la pregunta que surge es la siguiente ¿y eran urgentes esos decretos de urgencia?, es decir, ¿era necesario en ese momento, por razones extraordinarias, dictar esos dispositivos porque ya no se podían hacer cuatro, cinco o diez días después o porque realmente era un peligro inminente para el país o para la Nación?"<sup>100</sup>. "Por lo tanto, no era un tema que había que tratarlo en forma **inmediata**, sino podría haber esperado unos días hasta que se presentara un proyecto de ley en el Congreso de la República"<sup>101</sup>.*

#### *5.2.6.7.5.2. Sobre el interés nacional*

El criterio del interés nacional es interpretado sobre la base de un razonamiento cuantitativo. Es decir, 3,500 personas, no constituyen interés nacional. *"Asimismo, Presidenta, tendríamos que discutir aquí si estos dispositivo tenían o no el carácter de interés nacional. A grandes rasgos, más o menos estamos hablando de 3500 personas que han sufrido las consecuencias de estos dispositivos(...)"<sup>102</sup>.*

*En la sustentación del informe de la Subcomisión ante la Comisión de Constitución se utilizó un criterio distinto en su formulación pero similar en su esencia.*

*"(...)No es de interés nacional. Primero porque se trata de un grupo de **personas muy particulares**. Y lo curioso es que, además, a estas personas, al darse estos decretos, se les paga estas mismas remuneraciones, que percibirían si continuarán en el régimen de oficiales. Se establece un mecanismo mediante el cual se le va a pagar los mismos montos, las mismas cantidades, con lo cual realmente no es un*

---

100.- *Ibíd.*

101.- *Ibíd.*

102.- *Ibíd.*

*problema económico, no es un problema de interés nacional, porque no se está produciendo ningún cambio económico"103.*

Finalmente, resulta también interesante la preocupación de los congresistas Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles por no sólo derogar los decretos de urgencia inconstitucionales, sino por presentar un proyecto de ley que supla y de solución al problema de la derogación de los decretos derogados.

*"Pero nosotros no sólo nos hemos limitado a decir que son anticonstitucionales y que alguien tiene que pagar las consecuencias de esto, sino que, con el doctor Trelles Montero, hemos presentado un proyecto de ley que en este momento (...)De tal forma que no solamente estamos declarando la inconstitucionalidad de esos tres dispositivos, sino que, además, legalmente, estamos dando la salida adecuada al problema, como lo hemos hecho en casos anteriores"104.*

### **5.3. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO VIGENTE**

El Control Parlamentario de los decretos de urgencia se encuentra regulado en dos cuerpos normativos, que son como ya vimos, la Constitución de 1993, pero sobre todo en el Reglamento del Congreso de la República.

La Ley 25397 fue derogada por el art. 91º del Reglamento del Congreso. Al parecer nos encontraríamos ante un supuesto similar al que la doctrina administrativa denomina derogación "orgánica" o "institucional"105. Esta se produciría cuando una nueva ley, sin derogar expresamente la ley anterior, ni ser totalmente incompatible con las disposiciones de aquella, regla de modo general y completo una determinada institución u organismo jurídico"106. La doctrina presenta como uno de los casos, aquel que ocurre cuando "se dicta un estatuto administrativo para regir las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Este estatuto derogaría automáticamente al anterior, aún cuando en el primitivo se contemplasen materias que no figuran en el más reciente"107. El fundamento de la derogación orgánica parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposiciones, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo.

---

103.- Transcripciones Magnetofónicas de la Sesión de la Comisión de Constitución el día martes 17 de marzo de 1998. Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 del Congreso de la República.

104.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15ª A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998.

105.- Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 1º edic. 3º reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964. pág. 221.

106.- Marienhoff, op. cit., págs. 221-222.

107.- Ibíd., pág. 222.

Sobre el particular el profesor Eguiguren aún antes que se promulgará el Reglamento del Congreso donde se regula el control parlamentario de los decretos de urgencia señala que "Los vacíos dejados en estos campos por la nueva Carta de 1993, tendrán que ser llenados por una ley de desarrollo constitucional. Pero ello no obsta para que, mientras tanto, se deba aplicar la Ley 25397 en todo lo que no resulte contrapuesto con el tratamiento dado por la Constitución"<sup>108</sup>. Sin embargo, no nos encontramos ante este supuesto, pues en estos momentos el art. 91° del Reglamento del Congreso ha regulado el tema.

En todo caso, siendo un antecedente legislativo, dicha norma constituirá un a referencia ilustrativa y necesaria aunque no vinculante, que permitirá aclarar e interpretar los vacíos tanto de la Constitución de 1993 como del Reglamento del Congreso que le dedica un sólo artículo al procedimiento, pero en ningún caso, carácter vinculante.

De acuerdo con los capítulos anteriores, podemos descomponer la actividad de control para fines metodológicos en los diferentes elementos que conforman la estructura del mismo.

### **5.3.1. SUJETOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO**

Jurídicamente, el sujeto activo del control lo constituye el Congreso de la República del Perú, y el sujeto pasivo sería el Poder Ejecutivo, representado por su titular el Presidente de la República, sin olvidar que políticamente el eje ya no está entre ambos poderes sino entre Poder Ejecutivo más mayoría parlamentaria y la oposición y las minorías<sup>109</sup>.

En capítulos anteriores explicábamos, acerca del debate que existe con relación a si lo que se controla es al órgano o al producto del órgano. Conveníamos en que si bien, se controla la norma, es decir, el decreto de urgencia, sin embargo, nada obsta para que el Parlamento pueda adoptar algún tipo de medida que afecte al órgano que la expidió, cuál es el gobierno. Incluso que pueden adoptar una medida aparentemente referida a otra cosa como mecanismo de presión y represalia. Una prueba de todo esto son las acusaciones constitucionales por violación a la Constitución, que presentó en su momento Alva Orlandini contra los Ministros de Economía y Finanzas y de Defensa por suscribir un decreto de urgencia que exoneraba de Licitación Pública.

La responsabilidad de los ministros en la expedición de los decretos de urgencia fue objeto de algunas propuestas legislativas. La primera propuesta original la encontramos en el art. 16° del proyecto de ley de Joffre Fernández, y recogida de esta, en los 14° y 16° del proyecto sustitutorio, contenido en el dictamen de la

---

108.- Francisco Eguiguren Praeli. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. CAJ, Serie: Lecturas sobre temas Constitucionales N° 10, Lima, 1994, pág.

109.- Como señala Sánchez Navarro, "el protagonismo del control parlamentario corresponde principalmente a las minorías que constituyen la oposición parlamentaria". Angel Sánchez Navarro, El control parlamentario y minorías, Revista de Estudios Políticos; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 88, Abril - Junio 1995, págs. 234. Citado por Pedro Planas, ¿Cómo hacer operativo al Parlamento Peruano?. El Control Parlamentario, Transparencia y Opinión Pública. Ponencia del Seminario "Prensa y Poder Legislativo", Instituto Prensa y Sociedad y la Fundación Hanns Seidel, Lima, 1996, sin paginación.



Comisión de Constitución, Reglamento y Leyes Orgánicas, sobre dicho proyecto. En dicho proyecto se decía en relación con la expedición de lo este tipo normas que, "(...) *así como de ser el caso, la responsabilidad en que se hubiera incurrido*"<sup>110</sup>.

### **5.3.2. OBJETO DEL CONTROL PARLAMENTARIO**

El objeto del control no es otro que el decreto de urgencia, institución que como vemos tenía otra denominación, decretos supremos de urgencia.

Resulta claro que aquí no nos estamos refiriendo a todos aquellos casos donde existe una autorización legislativa previa. Y no estamos pensando en lo que nuestra legislación denomina "decretos legislativos" necesariamente, sino en las llamadas "medidas extraordinarias", figura que pueda prestarse a alguna confusión, sobre todo por el nombre, no obstante que en el fondo constituyen un tipo de delegación legislativa del Congreso en el Parlamento. Como señala Pedro Planas, las medidas extraordinarias, son normas que si bien expedidas por el Presidente, como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, en cuanto resultan ajenos al manejo ordinario de la Administración y del Gobierno, "no son un acto unilateral ni responden a una potestad discrecional del Presidente de la República. Para expedirse hay previa evaluación por parte del Congreso. El Congreso autoriza al Gobierno, vía ley, para adoptar estas medidas o disposiciones durante el receso del Congreso"<sup>111</sup>.

### **5.3.3. FINALIDAD**

La finalidad del Control Parlamentario de los decretos de urgencia consistirá según el Reglamento del Congreso, en la adecuación del decreto de urgencia a los requisitos que ella misma y la Constitución señalan. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia la finalidad del control parlamentario de los decretos de urgencia será la adecuación de este tipo de normas al parámetro que el Congreso estime conveniente.

No debemos olvidar que, si nos atenemos a que el Congreso encarna la soberanía y la voluntad colectiva, el Parámetro del Congreso *debería ser* la voluntad de la colectividad, sin embargo, si bien esto es recomendable, nada obliga al Congreso a seguir ese criterio, pues como sabemos, no existe mandato imperativo sino representativo. Todo ello nos hace regresar al punto de partida esto es, que la finalidad del control parlamentario de los DU es la adecuación del DU al parámetro que el Congreso estime conveniente.

### **5.3.4. PROCEDIMIENTO**

Dos son los cuerpos normativos donde la doctrina desarrolla el control de los decretos de urgencia. Sin embargo, a diferencia de las Constituciones de otros

---

110 - Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política.

111.- Pedro Planas. Decreto de Urgencia y medidas extraordinarias. en: Ius et Veritas. Lima, Año IV, N° 7, 1993, pág. 144.

países, nuestra Carta Política, salvo la referencia en el art. 118 inciso 19 --a la posibilidad del Congreso, de derogar los decretos de urgencia--, no se hace otra mención del control parlamentario de este tipo de normas. Esto obviamente dificulta las cosas, sobre todo, porque al no haber pautas mínimas en la Constitución, el procedimiento que se establezca, carecerá de estabilidad y permanencia, al poder ser fácilmente modificado.

Esta misma opinión la podemos encontrar en autores como Enrique Bernales, quien comentando el mismo artículo señala que *"un problema con esta fórmula empleada en este inciso es que los decretos de urgencia han sido concebidos de tal manera que escapan al control ex post del Parlamento. Este control está previsto en otras constituciones, de tal manera que se puede derivar la evaluación de su expedición, precisar su duración y sus efectos, e inclusive revisarlos sometiéndolos a la ratificación parlamentaria dentro de un plazo inmediato posterior"*<sup>112</sup>. Luego agrega dicho autor, que *"El inciso 19° --del art. 118 de nuestra Carta-- señala, simplemente, que, el Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia"*<sup>113</sup>.

Un punto que es discutible, es el referido a la posibilidad de modificar los decretos de urgencia que señala la última parte del art. 118 inciso 19 de la Constitución. No obstante, que la nuestra Carta Política no señala si se está refiriendo a la facultad general contenida en el art. 102° inciso 1 --de aprobar y derogar leyes--, o al procedimiento a desarrollar por el Reglamento del Congreso (art. 91°). En todo caso, resulta difícil pensar que el precepto en cuestión sólo sea una repetición del art. 102 inc. 2 de nuestra Carta. De lo que no tenemos duda es que se trata de un artículo ambiguo.

*"Artículo 118°. Corresponde al Presidente de la República:*

*(...)19. 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".*

Una posición un poco distante es la señalada por Bernales, quien precisa que *"este criterio no se refiere a trámite de control alguno, sino simplemente a la función ordinaria del Congreso de dar leyes, modificarlas o derogarlas"*<sup>114</sup>. En todo caso, no debemos olvidar que esta facultad del Congreso de aprobar, modificar y derogar leyes puede ser utilizado como un mecanismo *alternativo y complementario* de control de los decretos de urgencia, obviamente, con los límites que más adelante explicaremos.

El vacío que la Constitución deja acerca del procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia es llenado por el art. 91° Reglamento del Congreso,

---

112.- Enrique Bernales, La Constitución de 1993. Análisis Comparada, CIEDLA - Konrad Adenauer, Lima, 1996, pág. 493.

113.- *Ibíd.*

114.- *Ibíd.*

donde se consagra explícitamente un "*procedimiento específico*" de control de los decretos de urgencia, a diferencia del "*procedimiento legislativo*" que se puede deducir del art. 102 inciso 1 de la Constitución.

Cada uno de estos procedimientos como veremos más adelante, de alguna manera cuentan con dos parámetros distintos en principio aunque luego veremos que existen matices y detalles que no hacen la cuestión tan maniquea y simplista. El procedimiento contenido básicamente en el artículo 91° del Reglamento del Congreso tendría como parámetro central la Constitución Política. El segundo procedimiento, que se daría a través de la facultad de aprobar, modificar y derogar leyes, que el artículo 102 de la Constitución recoge, tendría un parámetro, el principio de oportunidad y de libre apreciación. No podemos olvidar que ambos son finalmente expresiones del control político, más allá del parámetro que se utilice y de los nombres que le demos.

#### **5.3.4.1. Procedimiento "específico" de control de los decretos de urgencia**

Aún cuando también pueden ser considerados como requisitos, existen una serie de "reglas" que es preciso observar para la realización del control parlamentario de los decretos de urgencia. Del texto del art. 91° del Reglamento del Congreso se puede desprender que, fuera de este procedimiento o conjunto de reglas no es posible realizar control parlamentario alguno de los decretos de urgencia.

*"Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia*

*Artículo 91.- El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas (...)"*

Un primer problema es la no-constitucionalización del procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia, desarrollado en el art. 91° del Reglamento del Congreso, tal como ocurre con el art. 86 de la Carta Política Española. Quizá por ello es que Jorge Trelles alcanzará decir que, "(...) la facultad del Presidente de dar decretos extraordinarios está sancionada en la Constitución Política; no creo que el Reglamento del Congreso pueda disminuirla o limitarla; si creo que hay una demora administrativa, pero el Presidente de la República, ha dado el decreto en uso de sus facultades, el decreto es perfectamente constitucional, no creo, no creo (sic) que el Reglamento del Congreso pueda definir la forma o la materia de los actos administrativos del Presidente, creo que en ese caso se ha incurrido en un exceso"<sup>115</sup>.

Esto nos remite a otro problema, cual es, la imposibilidad de regular obligaciones de terceros a través del Reglamento del Congreso, pues como

---

<sup>115</sup>.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de diciembre de 1995. Primera Legislatura de 1995, pág. 12.



sabemos, este sólo regula la vida interna del Congreso<sup>116</sup>. Esta corriente doctrinaria ha sido debidamente recogida en el art. 1º del Reglamento del Congreso.

**"Fuerza normativa y materias de regulación del Reglamento**

*Artículo 1.- El presente Reglamento tiene fuerza de ley. Precisa las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente, define su organización y funcionamiento, establece los derechos y deberes de los Congresistas y regula los procedimientos parlamentarios".*

Por ello, es necesario, que la Constitución recoja el procedimiento, no en detalle, pues para eso está el Reglamento, sino las líneas maestras de este.

**5.3.4.1.1. El Gobierno da cuenta al Congreso.-**

La base legal de esta parte la constituye el art. 118 inciso 19 de la Carta de 1993 y el art. 91º letra "a" del Reglamento del Congreso:

*"Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República:*

*19. 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".*

*"Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia*

---

116.- La cuestión de la naturaleza jurídica del Reglamento es muy controvertida en la doctrina, Para algunos, los Reglamentos de las Cámaras no pasan de ser un conjunto de resoluciones de las mismas, pero no constituyen verdaderas normas jurídicas, sino simples reglas convencionales, reglas de las que las Cámara de pueden apartar en cualquier momento. Otro grupo ha señalado la naturaleza estatutaria, de Derecho corporativo, en cuanto sólo cubren los asuntos, interiores del Parlamento y sólo obligan a sus miembros y en la medida, además en que la mayoría de la Cámara los mantiene en vigor, mantenimiento que, no obstante, puede producirse en forma tácita. También se ha defendido su carácter híbrido, advirtiendo que estos Reglamentos constituyen verdaderos cuerpos normativos, leyes en sentido material, pero sin que se presenten como leyes formales, pues proceden de una sola Cámara, no son objeto de sanción por el jefe del estado, ni de su publicación en el diario oficial. La doctrina francesa, por su parte, consideró que al ser estos cuerpos jurídicos decisiones unilaterales de cada una de las Cámaras, su naturaleza era la propia de las resoluciones parlamentarias, cuya trascendencia jurídica se circunscribe al ámbito interno de las mismas. Más modernamente, se ha sostenido que no hay naturaleza común en todas las normas reglamentarias, pues cabe distinguir, por un lado, disposiciones de ámbito externo y, por otro, disposiciones de ámbito interno. Cfr. Fernando Santaolalla, Derecho Parlamentario Español, Espasa Calpe, Madrid, 1990, pág. 38 y ss. Por nuestra parte, consideramos que el Reglamento, efectivamente, es una manifestación de la autonomía parlamentaria, sin embargo, esto no enerva su pleno carácter jurídico. No obstante ello, el Art. 1º del Reglamento de nuestro congreso circunscribe a asuntos internos, el contenido de este cuerpo normativo.



*Artículo 91.- (...)*

*a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto".*

Los antecedentes de esta norma están referidos a la Carta de 1979, y fue la indefinición de esta Constitución y el abuso ininterrumpido por parte de los gobiernos de Fernando Belaúnde, Alan García y Alberto Fujimori, en sus primeros años, lo que generó todo un debate y una polémica acerca los alcance y las implicancias del "Dar cuenta al Congreso".

Sin embargo, serán finalmente las mayorías parlamentarias poco críticas en este aspecto a los gobiernos de turno, las que impondrán su criterio en los hechos, más allá de las opiniones académicas que se hagan. Así por ejemplo, Alfredo Quispe Correa, a propósito de la interpelación del Ministro de Trabajo Carlos Torres y Torres Lara, señalará que, "lo que ha ocurrido en nuestro país es que en los dos regímenes anteriores, por contar el Ejecutivo con mayoría en el Congreso, los parlamentarios asumían que "dar cuenta al congreso" significaba "archivar". Y no evaluaban las medidas extraordinarias, si era realmente tal y conveniente para el país o innecesaria, o estaba dentro del ámbito económico o financiero"<sup>117</sup>.

Un documento que es significativo de la opinión de no pocos congresistas acerca del dar cuenta, es la contenida en el dictamen de la Comisión de Constitución sobre los proyectos de Borea y Fernández. En este documento parlamentario se decía que: "(...)no importa solamente proporcionar información para que el legislativo tenga presente, sino más bien tiene la finalidad de que el Congreso ejercite su **función legislativa indirecta**, en salvaguardia de la unidad normativa, constitucionalidad legal y fundamentalmente, el buen ejercicio de la facultad legislativa que el Presidente de la República tiene excepción".

Durante las discusiones del CCD el tema de la dación de cuenta también mereció más de una intervención:

*"Y terminaré, señor Presidente, diciendo que espero ya que hemos introducido la noción de **dar cuenta al congreso**, que podamos con mas armonía que en el período anterior, regular con exactitud en qué consiste este dar cuenta al Congreso, porque si algo tenemos que fortalecer, lo dijimos desde el debate de ayer, es el papel del parlamento en cuanto a fiscalizador; y a nosotros, señor Presidente, no nos parece ni lógico ni justo que en aquellas materias en que el Presidente invade de alguna manera o por delegación o por **legislación de urgencia** el campo de la ley, no sea el congreso al que le corresponde la facultad originaria de dictar normas, uno que pueda ejercer control. **El ejercicio de ese control no es***

---

117.- Alfredo Quispe Correa. "Los decretos de urgencia", en el Dominical, suplemento del Diario "El Comercio" de fecha 9 de setiembre de 1990.

*simplemente ser receptor de la norma que dictó el Poder Ejecutivo, los decretos de urgencia; no es ser, tampoco señor Presidente, receptor del decreto legislativo. Quiero decir, además, que los decretos de urgencia han sido --y lo vamos a discutir un poco más en la parte presidencial-- deben ser concebidos con su carácter temporal y por eso, señor Presidente, el congreso debe fijar con claridad, que allí donde la Constitución dice "dar cuenta al congreso" significa no recibir para que sea Mesa de Partes, significa recibir para que ejerza control parlamentario. Señor Presidente, yo contribuí a dar la ley de control parlamentario, he defendido su constitucionalidad y la defenderé pero comprendo que este Congreso la tendrá que revisar y me parece muy bien. Se ha repetido la terminología de dar cuenta al Congreso, me alegro que esta mañana se haya recogido en materia de decretos legislativos, espero que lo hagamos en materia de decretos de urgencia, lo hemos hecho para tratados. Yo ruego que cuando llegue el momento revisemos esta norma para que en efecto el Congreso ejerza adecuado control parlamentario..."118.*

La finalidad del dar cuenta no es sólo conocer el decreto, porque como ya dijimos, todos lo conocemos a través del Diario "El Peruano", lo importante como lo señaló el congresista Carlos Chipoco son "las razones que debe argumentar el Ejecutivo para haber dado un decreto de urgencia"119.

La discusión en torno al "dar cuenta", quedó zanjada y terminada con la promulgación del Reglamento del Congreso de la República, cuyo artículo 91º definía finalmente el procedimiento del "Dar cuenta del Congreso". Según la letra a del mencionado art. 91º, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto. Esta etapa es la que formalmente inicia el procedimiento.

Lo que envía el Congreso en realidad son dos documentos, un oficio firmado por el Presidente y el Premier a través del cual se da cuenta al Congreso de conformidad con la Constitución y el Reglamento, acompañado del Decreto de Urgencia firmado por el Presidente, el Premier y el ministro del sector ministerial involucrado.

¿Qué pasa si el Gobierno no informa al Congreso? Nuestro sistema no se pone en ese supuesto, menos aún establece alguna sanción para el caso en el que el Congreso no "da cuenta". Existen dos posibilidades. Una es que el decreto de urgencia sea derogado automáticamente y otra es que el Congreso puede por propio iniciativa entrar a conocer y realizar el control parlamentario. La primera

---

118.- Intervención de Lourdes Flores Nano en la sesión vespertina del Congreso Constituyente Democrático, de fecha 29a. "T" sesión, realizada el día 22 de julio de 1993.

119.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de diciembre de 1995. Primera Legislatura de 1995, pág. 11.

posibilidad, ampliamente aceptada en la doctrina ofrece algunas dificultades, relacionadas con la estabilidad y la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

La otra posibilidad si bien no está en estos momentos recogida legislativamente si tiene un antecedente que lo podemos encontrar en el art. 10° de la ley 25397 cuando señala que "*En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide ejercer el control parlamentario con arreglo al presente artículo y al artículo siguiente*". En nuestro concepto, esta posibilidad no sólo ofrece menos problemas, sino que de alguna manera es lo que sucede en la realidad. Además, como ya dijimos, en la práctica cuando el Congreso les comunica a cada parlamentario de la comunicación del gobierno, los parlamentarios ya han conocido de estas normas a través del Diario Oficial "El Peruano".

#### 5.3.4.1.1.1. Cómo ha funcionado hasta ahora el dar cuenta

Es recién el 6 de febrero de 1996, es decir, seis meses después de instalado el nuevo Congreso de la República y la Comisión de Constitución respectiva que un congresista (Henry Pease) demanda el cumplimiento del Reglamento de Congreso en lo que a control de los decretos de urgencia se refiere<sup>120</sup>. La respuesta del Presidente de la Comisión, evidencia la falta de conciencia de la importancia y de la celeridad con que debe realizarse el control parlamentario de los decretos de urgencia.

En efecto, será a insistencia de los congresistas de la oposición, de cumplir el art. 91° del Reglamento del Congreso, que el Presidente de la Comisión de Constitución (Carlos Torres y Torres Lara) conviene en ver ese punto en esa misma sesión pero más adelante. Insistimos, está demora no es casual, o simple descuido. Ello evidencia una vez más que es la oposición la impulsora del control parlamentario de este tipo de normas. Será la oposición la que tendrá que combatir contra la inercia y la indiferencia de los miembros de la mayoría. Incluso el propio Carlos Torres y Torres Lara llegará a relativizar la obligatoriedad del plazo de 15 días que señala el art. 91° del Reglamento del Congreso de la República, cuando señala que:

*"(...) no estamos limitados por los quince días porque el Reglamento no puede modificar el mandato de la Constitución. Entendemos, entonces, que los quince días que hemos puesto es para darle prioridad a estos decretos; pero no significa que vencido los quince días el Congreso no pueda modificarlo, porque el decreto de urgencia es una ley y cualquier ley puede ser modificado por otra ley"*<sup>121</sup>.

*"Los 15 días aunque hayan pasado no tiene ningún efecto porque si hay un decreto de urgencia que consideramos*

---

120.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de diciembre de 1995. Primera Legislatura de 1995, pág. 5.

121.- *Ibíd.*



*que no es legal, lo proponemos su derogatoria en cualquier momento no hay plazo para eso, podemos proponer la derogatoria en cualquier momento, de tal manera que los 15 días ya se han pasado(...)"122.*

Lo que Carlos Torres y Torres Lara no dice es que, el control de los decretos de los decretos de urgencia fuera del plazo de los quince días, tendrá límites como por ejemplo, la posibilidad de ser objeto de observaciones por parte del Presidente de la República. La explicación que un congresista de la mayoría como es Trelles es que "hay una simple demora administrativa"123.

La consecuencia de esta demora es grave desde la perspectiva del control de este tipo de normas. Luego de seis meses de expedidos estos decretos de urgencia, ya no tiene sentido pronunciarse sobre varios de los decretos de urgencia, tal como Henry Pease señala, "(...) sólo nos cabe pronunciarse sobre algunos decretos del año 96, porque el reglamento establece que son 15 días improrrogables"124. También hay que resaltarse que, no solamente es que, se olvidaron los congresistas, sino que tampoco el Presidente de la Comisión de Constitución había recibido información de ningún decreto de urgencia. Demasiados olvidos juntos.

*"No tenemos en este momento en despacho de la Comisión de Constitución ningún decreto de urgencia pendiente (...) La situación actual es que en la Comisión no existe ningún decreto de urgencia. La situación próxima, debido a que ya se han dictado algunos decretos de urgencia últimamente, será que la Presidencia del Congreso informe a esta Comisión sobre los últimos decretos de urgencia dictados. Estos decretos de urgencia serán inmediatamente, por secretaría, distribuidos entre los señores congresistas para saber que ya llegaron esos decretos de urgencia en consulta a esta comisión"125.*

Otra cosa es que, no existe un estudio de los decretos de urgencia tal como lo exige el art. 91º letra "b" del Reglamento ("...el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles"), simplemente como señala Torres Lara, "Cuando alguien presenta un pedido, entonces se ve ese decreto de urgencia"126.

---

122.- *Ibíd*em, pág. 29.

123.- *Ibíd*em, pág. 12.

124.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 1.

125.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de diciembre de 1995. Primera Legislatura de 1995, pág. 5.

126.- *Ibíd*em, pág. 10.



Existe una suerte de control selectivo, porque se presume que los congresistas los leen y analizan, presunción que se encuentra bien lejos de la realidad. No sólo estamos ante una convalidación a partir del silencio legislativo positivo, sino que el propio Presidente disuade o en el mejor de los casos suscita el control selectivo de los decretos de urgencia. Como el mismo Carlos Torres señala, "(...)sugiero de no traer todos los decretos, porque sino imposibilitaríamos el tratamiento de los demás temas. Simplemente cualquiera tiene el derecho de señalar la exigencia de ver el tema que considere conveniente"<sup>127</sup>.

#### 5.3.4.1.2. El Presidente del Congreso envía a la Comisión de Constitución

La base normativa de este artículo lo constituye el art. 91º letra "b" del Reglamento.

*"Artículo 91.-*

*(...)b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso (...)"*

Según el precepto mencionado, una vez recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.

El envío a la Comisión de Constitución, es con el objeto que esta estudie el DU, y emita un informe y una opinión de naturaleza presuntamente técnica, acerca de la **adecuación** del DU a la Constitución. Como ya hemos mencionado, en la práctica los congresistas se enteran de los decretos de urgencia primero a través del diario Oficial "El Peruano" el mismo día, y luego de una manera más formal mediante la comunicación del gobierno. Más aún, cuando se presume que todos conocemos la ley desde que esta es publicada.

En todos los casos, esta última comunicación que se hace a cada congresista por parte del Presidente del Congreso sería relevante a efectos contabilizar y fijar los plazos del control parlamentario.

Finalmente, según el artículo 46º del Reglamento del Congreso, durante el interregno o el receso parlamentario, la Comisión Permanente ejerce sus funciones de control conforme a la Constitución Política y al presente Reglamento. Esto supone, que será la Comisión Permanente la que realice el control parlamentario de los decretos de urgencia cuando no este funcionando el Congreso. Sin embargo, no obstante que el gobierno ha expedido decretos de urgencia durante estos períodos, no tenemos información acerca de control parlamentario de decretos de urgencia realizado por la Comisión Permanente, menos aún, de la conformación de alguna

---

127.- *Ibíd*em, pág. 11.

Subcomisión, o de algún equipo responsable de proponer un dictamen dentro de la Comisión Permanente.

#### 5.3.4.1.3. Calificación de los decretos de urgencia

La base normativa de esta etapa se encuentra también en el art. 91º letra "b" y "c" del Reglamento.

*"Artículo 91.-*

*b) (...)el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política (...)"*

A pesar que el art. 91º del Reglamento en ningún extremo habla de la conformación de una subcomisión encargada de estudiar los decretos de urgencia. Este existe en la práctica, esta etapa está compuesta de dos partes. Una es el estudio y la presentación del informe por parte de la Subcomisión, y un segundo momento está compuesto por el debate y votación del informe de esta Subcomisión en el Pleno de la Comisión de Constitución.

En esta etapa, de acuerdo a la letra c del art. 91º, la Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas.

En la práctica, lo que hace la Comisión de Constitución es constituir como ya vimos una Subcomisión a su interior, conformada por tres miembros (dos de la mayoría parlamentaria gobiernista y uno de la oposición) con el objeto que elaboren un dictamen, de cada uno de los decretos de urgencia. Es preciso llamar la atención en el sentido que esta Subcomisión funciona preponderantemente, a impulso de la oposición en dicha Subcomisión. En los hechos, el funcionamiento de la "Subcomisión" ha dejado mucho que desear, pues ella ha sido utilizada como una forma de eludir el debate frente a la opinión pública. Antes bien se deja a que la Subcomisión presentará su informe, el cual es aprobado sin mayor dilación. Y decimos esto, porque la Subcomisión no debate y vota en público, es más, los tres miembros de esta Subcomisión nunca ha tenido reuniones para analizar cada

decreto de urgencia, según la propia declaración verbal y personal del congresista Carlos Chipoco. Simplemente, los congresistas de la mayoría hacen su informe y el representante de la minoría hace el suyo.

No obstante, es preciso recordar que no estamos ante el Pleno del Congreso sino ante una Subcomisión de una comisión parlamentaria ordinaria, es decir, ante un órgano técnico de un órgano técnico. En otras palabras, la Subcomisión de una comisión parlamentaria, que no va a decidir sino a emitir un informe, aún cuando, en el fondo, esta constituye la posición de la mayoría parlamentaria. Quizá eso ayude a explicar en parte el encargo de opinar sobre la constitucionalidad de los decretos de urgencia. Y cuando decimos órgano técnico nos referimos a la función de estudio y dictamen que el art. 35° del Reglamento del Congreso les asigna a las Comisiones ordinarias. Es lo que la doctrina mejicana conoce como las *Comisiones Permanentes*, y cuya finalidad no es otra que "el estudio de los asuntos propios de la naturaleza de cada comisión y su actividad es fundamental para el conocimiento detallado de aquellos temas que posteriormente deberá conocer el pleno"<sup>128</sup>.

Una vez recibido el informe de la Subcomisión, el Pleno de la Comisión de Constitución debate y vota, concluyendo en la elaboración de un dictamen mayoritario, cuando llega a la conclusión que existen decretos de urgencia donde no se ha observado los requisitos exigidos por la Constitución. Sin embargo, nos encontramos con una contradicción y es que en aquellos casos donde no se emite dictamen porque se concluye que los decretos de urgencia han observado los requisitos constitucionales exigidos, un órgano técnico como es la Comisión de Constitución del Congreso, será la que en última y **definitiva** instancia definirá la convalidación del decreto de urgencia, no obstante que el control parlamentario más allá de lo que se diga es un control político.

Por otro lado, sólo y únicamente se presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación. Como ya señalamos, no queda claro si se presentará dictamen cuando era previsible y constituye peligro para la economía y las finanzas públicas, tal como lo exige el artículo 91° Reglamento. Esta exigencia podría quedar estéril y sin mecanismo de sanción su no-cumplimiento.

Conviene resaltar como, no obstante el reglamento da un plazo de 15 días para que esta Comisión de Constitución evacue su dictamen, esto no ocurre, pues lo que viene sucediendo es que, se está haciendo costumbre esperar cada fin de legislatura o cada fin de semestre para proceder a la revisión de TODOS los decretos de urgencia, una vez que se ha acumulado una buena cantidad de decretos de urgencia, y se torna extremadamente difícil su control. Esta costumbre es criticable no sólo porque se viola una norma con rango de ley como es el Reglamento del Congreso, sino porque debido a la cantidad, el estudio detenido y minuciosos, se relaja disminuyendo la exigencia de este control. De igual manera, cuando se revisa los decretos de urgencia, por lo general han pasado tres cuatro meses desde que fueron expedidos, cuando ya se han consolidado las relaciones jurídicas que surgieron al amparo de estos decreto de urgencia, o prácticamente resulta difícil o

---

128.- Berlín Valenzuela, *op. cit.*, pág. 236.



más aún intrascendente el control, pues estos decretos ya cumplieron su misión, situación que generan efectos perniciosos. Por último, se olvida, que estas son normas provisionales.

La redacción del art. 91º es un poco ambigua. No queda del todo claro si las palabras "estudio" y "dictamen" son sinónimos. De una interpretación literal de las letras "c" y "d" del art. 91º del Reglamento del Congreso se podría desprender que la existencia de un **estudio** previo que la Comisión de Constitución realiza es distinto al **dictamen** que se presenta en caso de que el decreto de urgencia sea inconstitucional. Si no hay un estudio previo jamás habrá dictamen. El problema con este tipo de interpretaciones es que podrían concluir que el plazo de los quince días es para el "estudio" y no para la evacuación del "dictamen" (Y ojo que no se está refiriendo al informe de la Subcomisión). Esta posible diferenciación tiene asidero en el hecho que, no siempre va haber dictamen pero en teoría siempre habrá un estudio. Dictamen sólo habrá cuando se concluya en la existencia de decretos de urgencia a criterio de la Comisión inconstitucionales.

En todo caso, el propio Presidente de la Comisión de Constitución ha señalado con relación al tema, que "Nosotros hemos entendido hasta ahora, que los quince días de plazo es para estudiar, no es para resolver, el reglamento me parece que alude al tiempo de estudio, y el tiempo de estudio se ha originado desde el momento en que se distribuyeron los decretos entre los miembros de la comisión, ya está estudiándose (...)"<sup>129</sup>.

Sin embargo, una interpretación amplia y sistemática nos demuestra que el plazo de quince días es para que se realice, y se entiende se **concluya** el estudio del decreto de urgencia, con el respectivo dictamen, siempre que el decreto en cuestión sea inconstitucional. La rigidez del plazo se evidencia cuando el artículo a continuación del plazo de quince días señala que este es improrrogable. El art. 91º debió decir "para el estudio y evacuación del dictamen correspondiente de ser el caso, dentro del plazo improrrogable de quince días".

En un esquema donde se haya optado por el silencio legislativo negativo, es decir, el silencio del Congreso implique la derogación automática, se podría plantear que, "Vencido este plazo, el decreto de urgencia pierde en forma automática vigencia, quedando derogado". Esto explicaremos en subtítulo siguiente.

Por otro lado, si revisamos la práctica del control parlamentario desde 1995 hasta la fecha, no es difícil concluir que, en la mayoría de los casos, la ausencia de dictamen de parte de la Comisión de Constitución, no se realiza por que haya habido un estudio previo de dicha Comisión o de la subcomisión, que concluye que los decretos de urgencia se ajustan a los requisitos exigidos en la Constitución Política, sino porque transcurrió el tiempo y no hubo ningún estudio. Las veces que la Subcomisión realiza un estudio no es porque por voluntad propia, y en estricto cumplimiento del Reglamento del Congreso de la República, se avocó a realizar el control en los plazos previstos en el referido Reglamento, sino porque algún

---

129.- Palabras de Carlos Torres y Torres Lara, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 25.



Congresista<sup>130</sup> demandó dicho estudio sea directamente, sea a través de la presentación de dictámenes en minoría, solicitando la derogación de algunos decretos de urgencia en concreto. Si no es por eso, la Comisión de Constitución no realiza el estudio que ordena el Reglamento, razón por la cual el plazo de quince días de la letra c del art. 91º en la práctica parlamentaria de hoy no funciona. Prueba de ello es que la Subcomisión se crea en sesión de la Comisión de Constitución el 26 de marzo de 1996, luego que el Congresista Carlos Chipoco presentará su dictamen y que Subcomisión sólo ha presentado hasta la fecha tres informes<sup>131</sup>, debiendo en rigor presentar un informe por cada decreto de urgencia expedido, y dentro del plazo de quince días que señala el art. 91º del Reglamento, y no dentro de los seis meses o un año que se realiza, tal como ocurrió en el caso de la derogación de los decretos de urgencia 029-97-PR, 030-97-PR, 031-97-PR. Donde no obstante que fueron expedidos el 2 de abril de 1997, es recién el 26 de marzo de 1998 que la Comisión de Constitución se pronuncia por su derogación, es decir, 351 días después.

En esta parte es necesario preguntarnos, hasta que punto se puede hablar de un debate público, si sea el caso del procedimiento específico o la facultad legislativa, esta se realiza en la Comisión de Constitución. En esa línea, nos parece interesante lo planteado por el art. 151º del Reglamento de la Cámara de Diputados de las Cortes Generales de España, cuando establece que:

*"Artículo 151.*

*2. Un miembro del Gobierno expondrá ante la Cámara las razones que han obligado a su promulgación y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad".*

Creemos que es muy importante, incorporar una norma similar en nuestro ordenamiento jurídico, que obligue al Primer Ministro a concurrir al Pleno del Congreso o en el peor de los casos a la Comisión de Constitución con la presencia de los medios de comunicación, para informar las razones que motivaron al Poder Ejecutivo, y así hacerlo público<sup>132</sup>. Sólo de esa manera se cumplirá con la exigencia

---

130.- En este último, la mayoría de las veces por insistencia del Congresista Carlos Chipoco se ha realizado el control parlamentario de los decretos de urgencia.

131.- En cumplimiento de dicho mandato, la Subcomisión presentó los informes de fechas 28 de mayo de 1996, 9 de diciembre de 1996, 2 de julio de 1997 y 3 de febrero de 1998, en los cuales se analizaron 36 de decretos de urgencia (del 045-95 al 034-96), 67 decretos legislativos (del 827 al 893); 55 decretos de urgencia (del 035-96 al 089-96) y el Decreto Legislativo 894; 92 decretos de urgencia (del 090-96 al 053-979); y, 60 decretos de urgencia (054-97 al 114-97), respectivamente.

132.- Esta idea fue esbozada en la Comisión de Constitución por Jorge Del Castillo, "(...) y creo que en el pleno una exposición general y también detallada del presidente del Consejo de Ministros, podría darle a la totalidad de congresistas una visión cabal de cada tema y cada uno de ellos, podría en el campo de su especialidad hacernos las atingencias correspondientes", Ver: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 19.

de que toda norma que obligue a todos los miembros de la comunidad sea discutida de manera pública, y de cara a la opinión pública, para que así pueda la opinión pública formarse una idea y una convicción y recurrir a los diferentes mecanismos de sanción indirecta. Ahora no debemos olvidar que, aún cuando no exista una norma que obligue al Ministro a asistir al Pleno del Congreso, para sustentar el decreto de urgencia, queda abierta la posibilidad de invitar a través de una moción de orden del día al mismo en cualquier momento.

Es también importante resaltar la forma jurídica que contendrá la decisión del Congreso. Según el Reglamento esta se expresará a través de una ley, siguiendo la legislación italiana y brasileña y en parte la legislación española.

La ley 25397, en forma inexplicable guarda silencio sobre la forma que tomará la voluntad del Congreso, no obstante que el art. 10 del proyecto aprobado en el Senado en 1990, optaba por las resoluciones legislativas como el canal para expresar la decisión del Congreso.

*"Artículo 10º.- El Congreso emite Resolución Legislativa correspondiente aprobando o desaprobando la medida..."133.*

Las implicancias de este punto relacionadas con la posibilidad de impugnar esta ley, y su ubicación dentro de la estructura jurídica normativa, ya fueron explicadas en el capítulo anterior a las cuales nos remitimos.

#### 5.3.4.1.3.1. ¿Qué pasa si no se presenta dictamen?. El silencio legislativo positivo

Un aspecto interesante en esta parte del procedimiento es qué sucede si el Congreso no se pronuncia dentro de los 15 días que señala el art. 91º letra b del Reglamento del Congreso. Esto nos remite al tema del silencio legislativo.

Los antecedentes de este tema los encontramos en el proyecto presentado por Joffre Fernández y en el proyecto sustitutorio elaborado por el Comisión de Constitución que dictaminó. El primer proyecto hacía mención a una convalidación expresa y a otra presunta en los artículos 12 y siguientes. Joffre señala dos formas de convalidación de los Decretos Presidenciales de Urgencia en el art. 12º. Según él, puede ser expresa o presunta. La convalidación expresa se lleva a efecto de conformidad con el procedimiento que preceptúa la Constitución Política para la formación de las leyes (art. 13º). La convalidación presunta se hará efectiva por el transcurso de sesenta días útiles.

El dictamen del proyecto de Joffre elaborado por la Comisión de Constitución señalaba que, *"Consideramos que atendiendo a la trascendencia de la materia de convalidación esta debe ser solamente expresa, ya que la simple ineficacia o dejadez o falta de oportunidad del Congreso no puede en modo alguno convalidar un D.P.U. sin posibilidad posterior de control. En atención a su función el*

---

133.- Oficio N° 072 - DL, de fecha 2 de noviembre de 1990 remitido por la Presidencia del Senado al Presidente de la Cámara de Diputados, comunicando que el 31 de octubre de 1990 se aprobó un proyecto de ley que establece el procedimiento para los casos en que la Constitución ordena al Poder Ejecutivo dar cuenta al Congreso de los actos que realiza o de las normas jurídicas que promulga.

*Congreso debe convalidar de manera expresa los D.P.U.(...)" 134. El dictamen acierta cuando señala que "(...)el transcurso de un tiempo determinado no es suficiente argumento para que dichas normas sean válidas plena y absolutamente con rango de ley(...)"135.*

Finalmente en el mencionado dictamen, será el artículo 17, el que finalmente consagró la figura de la convalidación expresa, como mecanismo de convalidación de los Decretos Presidenciales de Urgencia. Este artículo habría que leerlo e interpretarlo en concordancia con el art. 14º, que señala que, **"Sin dictamen no procede pronunciamiento legislativo alguno sobre dichas normas"**. En efecto, a diferencia del silencio legislativo positivo que contiene el art. 91º del Reglamento del Congreso vigente, el art. 17º del proyecto en cuestión, obliga al Congreso a pronunciarse de todas maneras, forzando si se quiere a la representación nacional a tomar posición, de manera pública.

El otro antecedente lo encontramos en el art. 11º de la Ley 25397, donde se opta por la tesis del silencio legislativo positivo.

*"Artículo 11.- Las citadas Comisiones emiten dictamen, si consideran que las medidas extraordinarias dictadas no se sustentan en razones de interés nacional no se ha cumplido con los requisitos formales y el marco normativo definido en los artículos 4o. y 5. de la presente Ley. En tal caso concluyen recomendando que se deje sin efecto el decreto supremo extraordinario, remitiendo su dictamen al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente (...)"*

El procedimiento vigente de control parlamentario de los decretos de urgencia regulado en el art. 91º del Reglamento, tiene su antecedente inmediato en el art. 11º de la ley 25397. Una primera crítica que se puede hacer a este artículo es que, luego de establecer la obligatoriedad de una conducta dentro de un plazo al que denomina improrrogable, a continuación no señala una sanción en caso de incumplimiento

*"Artículo 91º.-...*

*b) (...) el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles"*

El artículo 91º del Reglamento del Congreso ha recogido lo que en doctrina se llama el silencio legislativo positivo. Esto se evidencia cuando dicha norma establece que: *"Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material*

---

134.- Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211º de la Constitución Política.

135.- *Ibidem.*



señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación'. Esto quiere decir contrario sensu, que si el Congreso no se pronuncia se entenderá que no tiene objeción alguna, y que en consecuencia, los decretos de urgencia objeto del control parlamentario se adecuan a los requisitos exigidos por la Constitución Política. Estamos pues ante una presunción de constitucionalidad.

En otras palabras, tenemos que la **derogación es expresa y la convalidación tácita**. En ese sentido, siguió lo previsto en los artículos 19° y 20° de la Ley N° 25397, donde luego de un lapso de 30 días la ausencia de dictamen, conllevaría una suerte de "silencio legislativo" que convalida la norma dictada por el Ejecutivo.

Ahora bien, la Constitución no se pronuncia sobre este aspecto, razón por la cual el Reglamento bien podría haber asumido, como lo hacen otros ordenamientos constitucionales, la **posibilidad de la aprobación expresa y la derogación tácita (el silencio legislativo positivo)**.

La opción ha sido también por la restricción del órgano encargado de llevar a cabo la función de control, es decir, es la Comisión de Constitución y no el Pleno del Congreso. Esta opción restrictiva no se extrae del texto constitucional, el mismo que menciona en general "El Congreso", lo que debería haber remitido a que la función de control la deba hacer siempre el Pleno del Congreso y no sólo una de sus Comisiones, aunque se la más importante. Es más, esta función de control queda encargada a su vez a tres congresistas, miembros de la Subcomisión de evaluación de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, que son quienes en realidad impulsan u obstaculizan el control, más si como ya dijimos las subcomisiones tienen naturaleza técnica y no política.

*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*19.- 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" ..*

El Pleno del Congreso tiene carácter más público, no sólo en sentido que a él tiene más acceso la opinión pública y la prensa, sino porque, tiene mayor participación de todos los miembros del Congreso. Recuérdese que el art. 29° del Reglamento señala que "El Pleno es la máxima asamblea deliberativa del Congreso. Lo integran todos los Congresistas incorporados y funciona de acuerdo con las reglas de quórum y procedimiento que establecen la Constitución y el presente Reglamento. En él se debaten y se votan todos los asuntos y se realizan los actos que prevén la normas constitucionales, legales y reglamentarias".

Efectivamente, una crítica que tiene mucho asidero y que se puede hacer a este artículo es que, en caso de que no exista dictamen, la Comisión de Constitución está ejerciendo indiscutiblemente, facultades legislativas, al convalidar tácitamente con su silencio un decreto de urgencia, facultades legislativas que sólo la tiene el Pleno del Congreso y en casos específicos la Comisión Permanente. Esto se desprende también de la lectura del art. 102 inciso 1 de la Carta Política de 1993, que señala



la atribución de dar leyes así como interpretar, modificar o derogar existentes pertenece al Congreso y no a una comisión específica.

En ese sentido, la decisión, sea de convalidar o derogar los decretos de urgencia debería pertenecer al Pleno del Congreso, o en su defecto, a la Comisión Permanente, pero no a una Comisión Ordinaria como lo es la Comisión de Constitución. Según el art. 34° del Reglamento del Congreso, con relación a las Comisiones en general señala que "Las Comisiones son grupos de **trabajo especializados** de Congresistas, cuya función principal es la supervisión del seguimiento de la Estructura del Estado, así como el **estudio y dictamen** de proyectos de ley y la **absolución de consultas** en los asuntos que son puestos en su conocimiento de acuerdo con su especialidad o materia". Y con relación a las Comisiones Ordinarias, como la Comisión de Constitución, el art. 35° del Reglamento del Congreso tiene como función, el "estudio y dictamen de los asuntos ordinarios de la agenda del Congreso".

Como decíamos cuando analizábamos la doctrina del silencio legislativo positivo (aprobación tácita por silencio o inacción del Congreso), acá no hay una voluntad presunta, simplemente no hay voluntad de parte del Congreso. Señalar lo contrario significaría que **todas las veces que el Congreso no emita dictamen, sea por la causa que sea, esta se deberá a la constitucionalidad de los decretos de urgencia, afirmación que dista mucho de ser cierto y para ello basta con revisar los decretos de urgencia.** Hay en su lugar, una sustitución de la voluntad del Congreso por lo que la ley señala. En esa oportunidad decíamos que la institución del silencio administrativo se crea para favorecer al ciudadano, --que es el extremo más débil en la relación ciudadano administración pública--, para que no se perjudique cuando la Administración no da respuesta a su solicitud. A pesar de ello, en el caso del silencio del Parlamento, el Congreso es la parte más débil en la relación Poder Legislativo Poder Ejecutivo, pues este último viene asumiendo y acumulando facultades y prerrogativas, en desmedro de las facultades del Congreso.

Este avasallamiento del Poder Ejecutivo fue en su oportunidad reconocido y denunciado en el Congreso Constituyente Democrático:

*"Hemos sostenido y nos ratificamos, señor Presidente, que este proyecto (sobre los decretos de urgencia de la Constitución de 1993) tiende a fortalecer en demasía al Poder Ejecutivo, respecto del Poder Legislativo, y una de las atribuciones que estamos consolidando, es la potestad de dictar decretos de urgencia; potestad que todos los gobiernos y todos los presidentes han ejercido con abuso, y es un abuso, señor, que hay que limitar, es un abuso que hay que colocar, hay que redimensionar para colocarlo en su justa medida"*<sup>136</sup>.

---

136.- Intervención de la Doctora Lourdes Flores Nano en la sesión matinal del 29° A-1, del Congreso Constituyente Democrático, realizada el miércoles, 04 de agosto de 1993.

No resiste ninguna comprobación empírica, en el caso del Congreso Peruano, la afirmación que cada vez que el Congreso omite pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución de los decretos de urgencia, es porque estos se encuentran ajustado a la Constitución. En la mayoría de los casos, la ausencia de control parlamentario no obedece a la constitucionalidad de los decretos, sino simplemente, porque se demora o se obstaculiza el procedimiento de control, porque se desconoce el procedimiento, o de parte de la oposición se renuncia a su utilización pues se carece de los votos necesarios para su derogación, o simplemente, porque la falta a la oposición los votos necesarios.

Hay que distinguir dos supuestos. Una cosa es que la mayoría del Congreso tenga el número de votos, suficiente como para evitar, obstaculizar e impedir la derogación de un decreto de urgencia, y otro, es que sea el decreto de urgencia, constitucional, es decir, haya observado y cumplido todos los requisitos que la Constitución le exige al Poder Ejecutivo para la expedición de dicha norma. Nos encontramos frente a supuestos de distintos, que lastimosamente el art. 91º del Reglamento de la República y diferentes autores y congresistas confunden, al asimilarlos y no diferenciarlos. El texto del Reglamento crea una falacia pues establece una presunción a favor del gobierno. Presunción cuya revocación no sólo exige demostrar efectivamente la inconstitucionalidad sino exige tener votos suficientes para derogar un decreto de urgencia, poder del cual la oposición carece.

En tal sentido, la premisa debería estar en favor del Congreso, y más específicamente de la oposición y la minoría, que no tiene en los hechos el poder suficiente para por sí mismo. Debe establecerse facilidades para que aquellos que por lo general impulsan el control parlamentario, como es la minoría y la oposición lo realicen. Así, el silencio o la inacción del Congreso debe estar en contra de la mayoría, para así forzarla a realizar un control parlamentario público. Esto implicaría, que el silencio legislativo sea negativo, para que así, en caso de silencio del Congreso, se presuma la inconstitucionalidad del decreto de urgencia. Es la única de manera de forzar un debate abierto, público y transparente con libre acceso a la prensa de la opinión pública, pieza capital en el control público desde la perspectiva de la "responsabilidad política difusa" ya explicada.

Obviamente, al gobierno y a la mayoría oficialista le conviene que no haya discusión o debate sobre la constitucionalidad de los decretos de urgencia, pues toda discusión pública supone levantar polvo, llamar la atención de la opinión pública y de la prensa, de la ciudadanía en general, que es el "tribunal político electoral" en quien la oposición debe apoyarse, y cuyo juicio y opinión la mayoría y el gobierno tratan de ganar y atraer. Recordemos, lo sostenido por Norberto Bobbio en el sentido que el poder tiende a ocultarse. La idea es entonces, forzar al Congreso, es decir, a la mayoría oficialista a que se pronuncie en forma pública, a que explicita su posición y su análisis de pretendida constitucionalidad de los decretos de urgencia. La oposición si se quiere es una suerte de fiscal "político" si cabe el término, y el Tribunal la opinión pública a través de la prensa ciertamente. Esto posibilitará y dará la oportunidad a la oposición de expresar en forma pública su posición y su análisis acerca de la inconstitucionalidad de los decretos de urgencia, --posibilidad que no existe en el caso del silencio legislativo positivo-- y permitir

que la opinión pública a través de sus distintas organizaciones y gremios, forme y exprese su criterio, forme su opinión, y castigue a la agrupación política que no respondió a sus expectativas o intereses en las próximas elecciones.

Sin debate público en el Congreso, se reducirán las posibilidades de la opinión pública de conocer y tomar posición frente a las distintas fuerzas políticas del Congreso. Sin discusión pública, el trabajo de la prensa se dificulta, y la opinión pública nunca sabrá que sucedió realmente, cuales son las posibilidades y los intereses que se escondían detrás de cada decisión del gobierno. Y sin información, sin una percepción plena de las distintas opciones y posiciones en juego, la decisión y opción que se forme la opinión pública tampoco será plena, sino estará disminuida.

#### 5.3.4.1.4. Eventual derogación del Decreto de urgencia

Finalmente, la base normativa de esta etapa se encuentra en el art. 91º, letra "d" del Reglamento del Congreso.

##### *"Artículo 91º*

*c) (...) Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, **recomendando su derogación.***

*d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".*

A esta etapa sólo se llegará, cuando la Comisión de Constitución o también llamada Comisión informante se haya pronunciado por la derogación del decreto de urgencia en cuestión. En ese sentido, si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley.

La derogación del decreto de urgencia, automáticamente significa que la ley cuyos efectos fueron suspendidos por el decreto de urgencia, recobra efectos en forma plena. Sin embargo, eso no está recogido constitucional ni legislativamente, no estando de más hacerlo. En tal sentido, optar por la tesis opuesta que desconoce la naturaleza provisional del decreto de urgencia, trae como consecuencia un problema a la hora de que este es derogado, pues la norma anterior no recobra efectos legales, pudiéndose crearse un vacío. .

En nuestro país, surge un problema, cual es que el control parlamentario de los decretos de urgencia demora hasta casi un año, tal como ha ocurrido con la derogación de los decretos de urgencia 029-97-PR, 030-97-PR y 031-PR. La consecuencia es evidente, estos terminan convirtiéndose no en normas provisionales, sino en verdaderas leyes ordinarias y permanentes. Es estos casos, no bastará con derogar el decreto de urgencia, y esperar que recobren efectos la norma cuyos efectos fueron suspendidos. Habrá relaciones jurídicas que han surgido, que, no pueden ser normadas fácilmente con la ley cuyos efectos fueron suspendidos. En estas situaciones, habrá que crear un marco jurídico para este tipo de situaciones. En casos como estos, el Congreso no deberá contentarse con sólo



derogar los decretos de urgencia, sino con asumir la responsabilidad por las consecuencias de esta decisión, tal como ocurrió con el caso de los decretos antes mencionados.

#### 5.3.4.1.4.1. ¿Puede el Presidente observar la derogatoria del DU?

La letra d) del artículo 91° señala que, sólo si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley, la derogatoria del decreto de urgencia correspondiente. Queda claro entonces, que a través de una ley se va a derogar el decreto de urgencia. Dos problemas surgen. En primer lugar, no obstante lo señalado en el art. 91° letra "d" del Reglamento, quien debe promulgar la ley, teniendo en cuenta que el art. 108° de la Constitución dice, que todas las leyes deben ser promulgadas por el Presidente de la República. El otro problema vinculado al anterior, es si el Presidente de la República puede observar esta ley que deroga el o los decretos de urgencia, si finalmente es a través de una ley que se manifiesta el control parlamentario de los decretos de urgencia, teniendo en cuenta también lo señalado por el art. 108° de nuestra Constitución. Esta pregunta no es ociosa, ello se comprobó luego de la aprobación por el Pleno del Congreso en marzo de este año, de la ley que deroga los decretos de urgencia 029-97, 030-97 y 031-97.

*"Artículo 91°.- ...*

*...d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley".*

*"Artículo 108.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no-promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.*

*Si el Presidente de la República tiene **observaciones** que hacer sobre todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.*

*Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".*

Con relación al primer problema, el artículo 108° no establece ninguna excepción para el caso de las leyes que derogan decretos de urgencia de acuerdo al procedimiento del art. 91° del Reglamento, y sabemos que existe un principio que establece que, no se puede hacer distingos donde la ley no los hace.

Una posición similar fue esgrimida por el Director General Parlamentario del Congreso de la República Nacional, Doctor José Elice, durante la tramitación del control de los decretos de urgencia 029, 030 y 031. Este funcionario en forma personal y verbal nos señaló la inconstitucionalidad del art. 91° letra "d" del Reglamento, en la medida que viola el art. 108 de la Constitución, y en consecuencia,



la ley que deroga el decreto de urgencia sólo podrá ser promulgado por el Presidente de la República.

En todo caso, consideramos que no le falta razón a los que señalan la inconstitucionalidad del artículo 91º letra "d" del Congreso de la República. La Constitución no hace ningún distinguo, acerca de los tipos de leyes, y en ese sentido, no ha considerado la posibilidad de algunas leyes que no se han promulgadas por el Ejecutivo, y para evitar dudas el precepto constitucional debe ser claro.

Existe pues la necesidad de introducir una modificación en la Constitución, incorporando una excepción a la promulgación de la ley por el Presidente de la República, con el objeto de compatibilizar el art. 91º del Reglamento con el art. 108 de la Constitución Política, que establezca que las leyes que deroguen decretos de urgencia de conformidad con el art. 91º del Reglamento, deben ser promulgadas por el Presidente del Congreso, y no por el Presidente de la República o el Presidente del Consejo de Ministros. Lo contrario significaría desnaturalizar el control parlamentario de los decretos de urgencia.

En relación con el segundo problema, admitir la posibilidad que las leyes que contengan derogación de decretos de urgencia puedan ser observadas por el Ejecutivo supondría que con la mitad si es que con una minoría --sin contamos que el número disminuye por los ausentes o de licencia-- del número de congresistas presentes en el pleno se puede obstaculizar y detener el control de los decretos de urgencia, una vez recibida las observaciones remitidas por el Poder Ejecutivo. Sobre el particular, el Reglamento del Congreso de la República y la Ley del Poder Ejecutivo guarda silencio sobre este punto. Sin embargo, la doctrina extranjera y el propio sentido común lo rechaza, por contraproducente, pues llegaríamos al absurdo, y quedaría neutralizado el control parlamentario de los decretos de urgencia. Sin embargo, no estaría de más explicitarlo vía legislativa.

En el debate en el Pleno del Congreso, donde se derogó los decretos de urgencia 029, 030 y 031, este punto mereció comentarios de dos congresistas, Henry Pease y Chirinos Soto. El primero de los cuales precisó que:

*"Como todos sabemos, señorita Presidenta, las leyes las promulga el Presidente de la República, y sólo por defecto las promulga el Presidente del Congreso. Pero no sería mi opinión nada traído de los cabellos que en este caso se diera un tratamiento dentro del ámbito de lo que es la potestad que el Congreso tiene en su propio Reglamento; porque **sería un poco absurdo que simplemente lo tratáramos -- como acá se ha señalado-- como una observación. El Congreso declara que un decreto es inconstitucional y, por tanto, lo deroga porque está dentro del ámbito de sus facultades**"<sup>137</sup>.*

Pease agrega que:

*"Como acá se ha dicho muy bien, no es un decreto supremo; pero si esta norma tiene que promulgarla el*

---

137.- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15ª A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998.

*Presidente de la República, que es el que ha dictado esos decretos de urgencia, tendríamos que volver al trámite para comenzar nuevamente la discusión en el Congreso”138.*

Esta tesis es también compartida por Enrique Chirinos Soto, aún cuando difiere con la solución planteada por Pease, al señalar que no se necesita una reforma legislativa sino un problema de interpretación.

*“En el dictamen no se ha considerado el aspecto procedimental al que se ha referido el señor Pease García. Yo estoy de acuerdo con que hay que hacer lo que dice el Reglamento y es con lógica, porque como el Congreso le deroga al Poder Ejecutivo sus decretos de urgencia, no le va a mandar esa ley porque la observaría; por eso se ha puesto en el artículo del Reglamento que la debe promulgar el Presidente del Congreso. Así debe ser, señor Pease García, y creo que no hay necesidad de ponerlo en el proyecto sino hacerlo, como usted dice”139.*

Se debería establecer constitucional y legislativamente, la prohibición de observar leyes que contengan derogación de decretos de urgencia de acuerdo al procedimiento del art. 91º del Reglamento. El problema es, qué sucede cuando se aprueba una ley que deroga un decreto de urgencia fuera del procedimiento del art. 91º del Reglamento. Aquí, se debería de extender esta prohibición de observar leyes, siempre que el contenido de dicha ley no contenga otra disposición normativa, pues de lo contrario se estaría eludiendo la facultad del Presidente de la República de observar las leyes, norma constitucional y, además, no sería fruto del acto de control parlamentario.

#### 5.3.4.1.4.2. El Pleno del Congreso debe votar el dictamen de la Comisión de Constitución en su sesión siguiente

Otro problema que se evidenció en la derogación de los decretos de urgencia 029, 030 y 031 es que no existe plazo para que el Pleno del Congreso discuta el dictamen una vez aprobado con tanta celeridad por la Comisión de Constitución.

En efecto, resulta contraproducente que luego de haberse establecido plazos expeditivos, el dictamen de la Comisión de Constitución quede, relegado y olvidado, tal como sucedió con estos dictámenes ordinarios, en el Pleno del Congreso, esperando su turno. Debería el dictamen que propone la derogación de decretos de urgencia, tener alguna prioridad en el debate y votación en el Pleno, y no dársele un tratamiento como si es que fuera un dictamen de un proyecto de ley ordinario más, de los que se encuentra en espera de ser aprobados en el Pleno del Congreso.

---

138.- Ibídem.

139.- Ibídem.

Aquí debería de señalarse que será en la próxima sesión plenaria donde se debatirá y votará el dictamen emitido por la Comisión de Constitución, o en su defecto, cuando se encuentre en receso el Congreso, será la Comisión Permanente, la que en un plazo no mayor de quince días, debata y vote el dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso.

#### 5.3.4.1.4.3. No existe plazo para la promulgación de la ley que deroga el decreto de urgencia

Otro problema que se evidenció en la derogación de los decretos de urgencia 029, 030 y 031, fue la falta de plazo para que el Presidente del Congreso promulgue la ley que deroga los decretos de urgencia. Si bien no estamos en el caso de la promulgación por el Presidente de la República, donde se establece un plazo para que este promulgue la autógrafa, si es necesario señalarse un plazo máximo al Presidente del congreso. En efecto, otra deficiencia del procedimiento que se evidenció fue el silencio del Reglamento del Congreso con relación al plazo del Presidente del Congreso para promulgar la ley de derogación de los decretos de urgencia. La importancia de fijar este plazo está en relación con el hecho de que el decreto de urgencia, objeto del pronunciamiento del Congreso, sigue vigente, y en consecuencia, nuevas relaciones jurídicas siguen surgiendo en el marco del mismo, relaciones que a su vez generan no sólo expectativas sino derechos.

#### 5.3.4.1.4.4. Los efectos de la no-convalidación o derogación del decreto de urgencia

Finalmente, uno de los temas clásicos en la doctrina y que tiene enormes efectos prácticos, es la discusión del tema, de los efectos de la derogatoria de los decretos de urgencia, como consecuencia del control parlamentario. En otras palabras, si la derogatoria del decreto de urgencia opera "*ex nunc*" (a partir de la fecha de la derogatoria) o en su defecto "*ex tunc*" (en forma retroactiva desde la expedición de dicha norma por el Ejecutivo). Esta parte también vale para el procedimiento específico de control regulado en el art. 91º del Reglamento antes desarrollado.

Se han propuesto diferentes salidas a este problema, así a manera de antecedente, una propuesta que es interesante por que considera ambos tipos de derogatoria (*ex nunc* y *ex tunc*), es la contenida en el proyecto de Ulloa, Acurio y Arroyo mencionado páginas atrás. Dicha iniciativa legislativa proponía que:

*"Artículo 2º.- Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación de la medida extraordinaria, el Congreso o, en su caso, la Comisión Permanente del Congreso, deberá pronunciarse al respecto. Si se ratifica la medida extraordinaria, ésta se convierte en Ley de la República, con las modificaciones que se introdujeren; si se rechaza, esta queda automáticamente derogada a partir del momento en que se produce el rechazo; y si no se produce pronunciamiento alguno del Congreso o de la Comisión Permanente dentro del plazo señalado, la medida*



*extraordinaria queda sin efecto legal automáticamente a partir del vencimiento del plazo. En este último supuesto el Poder Ejecutivo queda impedido de dictar otras normas de contenido semejante, durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo".*

También destaca por su claridad, el proyecto sustitutorio contenido en dictamen evacuado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Leyes Orgánicas que señala que:

*"Artículo 21º.- La derogación de los Decretos Presidenciales de Urgencia surte efecto a partir del día siguiente de su publicación, y no restituye la vigencia de normas derogadas y modificadas por el Decreto, a menos que expresamente lo disponga la ley, o que la razón de la derogación obedezca a la declaración de nulidad legal o judicial de las medidas decretadas. Las normas cuya suspensión dispusiere el decreto derogado quedan restituidos en su vigencia a partir de la fecha de la ley derogatoria (...)"<sup>140</sup>.*

El proyecto de ley contenido en el dictamen antes mencionado, opta por una fórmula combinada en relación con el problema de los efectos de la derogatoria de DPU. En efecto, como regla general recoge la teoría de los efectos ex nunc, salvo cuando se haya decretado su nulidad en el mismo decreto, supuesto en el que operará la derogatoria con efectos ex tunc. Sobre esta norma habría que hacer algunas precisiones. La mencionada norma, establece como norma general, la no-restitución de los efectos de la ley modificada y derogada por el decreto de urgencia, no obstante que en el artículo 1º del proyecto de ley en cuestión reconocía, en forma expresa que los D.P.U. tenían naturaleza transitoria y provisional (Artículo 1º.- Son Decretos Presidenciales de Urgencia los que para dar curso a medidas provisionales que urgen al interés nacional (...) cuando las circunstancias y necesidad no hagan posible al conocimiento, regulación, control y competencias oportunas del Congreso").

La tesis ex nunc en nuestro medio ha sido también sostenida por autores de la talla del profesor Manuel de la Puente Lavalle. Este autor señalaba que, "si el Congreso rechaza la medida extraordinaria, el decreto supremo que la contiene queda automáticamente derogado desde el momento en que se produce el rechazo, o sea "ex nunc", pero no tiene efecto retroactivo al momentos de dictarse el decreto supremo, de tal manera que éste tiene fuerza legislativa desde su promulgación

---

140.- Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211º de la Constitución Política.



hasta su derogación"<sup>141</sup>. Dicho autor agrega que "la derogación de la medida extraordinaria debe surtir los mismos efectos que la derogación de una ley regular cualquiera"<sup>142</sup>.

Si analizamos el art. 118 inciso 19 de la Constitución, advertiremos que el Constituyente utiliza las palabras modificar o derogar, que recogen la tesis de la derogación ex nunc no la derogación retroactiva.

"Artículo 118.-

19. ...El Congreso puede **modificar o derogar** los referidos decretos de urgencia".

Esta misma idea es recogida por el artículo 91º, letra c) del Reglamento del Congreso cuando señala que, la Comisión de Constitución que actúa como comisión informante, presentará dictamen --en aquellos casos cuando no se ha observado los requisitos que la Constitución exige-- "recomendando su **derogación**".

*"Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia*

Artículo 91.- ...

*...Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su **derogación**".*

Finalmente, en la letra d) del mismo art. 91 del Reglamento se precisa que, "Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso **debe promulgarlo por ley**". La forma de ley que toma el procedimiento de convalidación parlamentaria, nos aclara el panorama y nos brinda un valioso criterio para resolver el problema. Según el artículo 109º de la Constitución, "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte"<sup>143</sup>. En ningún momento, la ley hace mención a la posible retroactividad de la misma. Antes por el contrario, el art. 103º de la misma Constitución señala que "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo", fuera de estos casos cualquier intento de establecer la retroactividad lesionaría la Carta Política, salvo que por vía de modificación constitucional, se incorporé un nuevo supuesto.

---

141.- Manuel de la Puente y Lavalle, Las Medidas extraordinarias, publicado en "El Comercio" de fecha 3 de setiembre de 1990.

142.- *Ibidem*.

143.- La razón de esta posición la podemos encontrar en el artículo 103º de la Constitución, cuando señala que "La ley se deroga sólo por otra ley". Dicho concepto es recogido a su vez en el Título Preliminar de nuestro Código Civil, el mismo que en su artículo I señala que: "Artículo I.- La Ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".

Todas estas razones, nos obligan a concluir, que los efectos de la derogatoria de los decretos de urgencia por el Parlamento, se rigen de acuerdo a la **teoría ex nunc**, es decir, pierde vigencia a partir de la derogación, para ser más exactos, a partir de la promulgación de la ley que contiene la derogación del decreto de urgencia. Se podría decir hasta cierto punto, que se ha optado por proteger la seguridad jurídica, antes que por velar por la constitucionalidad de las normas. Esto supone reconocer que, existirá un decreto de urgencia en el tiempo que va entre la expedición por parte del gobierno y la promulgación de la ley derogatoria de este, estará liberada de cualquier tipo de control, por más inconstitucional que esta sea, lo que a su vez implica que las relaciones jurídicas "consolidadas" que surgieron en el marco del decreto de urgencia, serán inatacables, e incuestionables. Este es el aspecto no sólo negativo si no hasta peligroso de adoptar la teoría ex nunc.

Nos hubiera parecido útil que la Constitución o el Reglamento del Congreso, siguiendo como referencia el art. 77 de la Constitución Italiana, deja abierta la posibilidad para que el Congreso pueda "regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos". Esto facilitaría su trabajo al Congreso ante la presentación de casos complejos, donde haya situaciones límite, distintos a los supuestos de las normas.

Sobre el punto encontramos un antecedente no precisamente legislativo. Se trata del proyecto de Joffre Fernández y del dictamen con proyecto sustitutorio evacuado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Leyes Orgánicas. Es conveniente reparar, que los artículos 18° y 22° del dictamen mencionado, no hablan de una facultad, sino de la obligación de regular sobre los efectos de los DPU. Es más que seguro, que dicho artículo recoge al parecer la que propone el art. 77° de la Constitución Italiana.

*"Artículo 18°. Las leyes que aprueba el Congreso o la Comisión Permanente, en su caso, para convalidar, prorrogar o derogar parcialmente los Decretos Presidenciales de Urgencia, deben regular los efectos de las relaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de estos, que quedarán sin convalidar o prorrogar, o que fueren prorrogadas".*

*Artículo 22°. Las leyes que aprueba el Congreso para convalidar, prorrogar o derogar parcialmente los Decretos Presidenciales de Urgencia deben regular los efectos de las relaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de éstos, que quedarán sin convalidar o prorrogar, o que fuesen derogadas".*

En todo caso, por la vía de un procedimiento legislativo, nada impide que el Congreso introduzca modificaciones. Si embargo, antes es necesario modificar la Constitución de 1993, es necesario hacer una excepción al artículo 103 de la misma Carta, que señala la irretroactividad como regla general.

*"Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".*

Estas mismas conclusiones valen también para el caso del Procedimiento legislativo de control parlamentario, no obstante para evitar dudas y problemas no hay nada mejor como una modificación constitucional.

#### **5.3.4.2. Procedimiento "legislativo" de Control de los decretos de Urgencia**

Este segundo procedimiento de control de los decretos de urgencia, no sólo es técnico y jurídicamente posible, sino que constituye una alternativa cuando el Reglamento del Congreso cierra la posibilidad de realizar un control político de los decretos de urgencia en forma plena, a través del art. 91º del Reglamento del Congreso y cuando una vez vencido el plazo señalado por el art. 91 para realizar el control de los decretos de urgencia, haya lo que la doctrina española denomina una sobrevenida, noción desarrollado en el capítulo anterior.

Este canal que en este trabajo denominamos procedimiento legislativo, tiene asidero legal en el art. 102º de nuestra Carta Política que consagra quizás una de las más importantes funciones del Congreso, como es la legislativa.

*"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:*

- 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes".*

Esta norma constitucional debe ser interpretada junto con el artículo 103º de la misma Constitución que señala que: "La ley se deroga sólo por otra ley", norma que a su vez ha sido desarrollada y en consecuencia debe interpretarse en concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil vigente cuando señala que: *"Artículo I.- La Ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".*

En efecto, es posible también hacer una interpretación del artículo 118º inciso 19 de la Constitución en este sentido cuando señala en el último párrafo que *"Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia"*. Sin embargo, esta posición puede ser cuestionada y no sin razón, pues este artículo será desarrollado por el art. 91º del Reglamento donde como sabemos se legisla sobre el procedimiento formal de control parlamentario de los decretos de urgencia.

En todo caso, por interpretación sistemática de ambas normas podemos señalar que, si una ley parlamentaria puede derogar otra ley parlamentaria, con mayor razón podrá derogar una norma "con fuerza de ley" como es el decreto de urgencia, de conformidad con el clásico principio jurídico de "quien puede lo más puede lo



menos"144. En todo caso, el art. 102° no distingue entre leyes en sentido material (rango de ley) y leyes en sentido formal.

Por otra parte, la Constitución no restringe ni limita en absoluto la posibilidad de un control legislativo de los decretos de urgencia. En consecuencia, no existe ni un impedimento para que uno o más parlamentarios presenten un proyecto de ley pidiendo la derogatoria de un decreto de urgencia, porque no se ajusta a la Constitución, o simplemente, porque no lo consideran oportuno ni conveniente de acuerdo a criterios de orden político. Incluso, cuando hayan vencido los plazos que señala el art. 91° del Reglamento, así como también nada impide al Parlamento aprobar o derogar dichas iniciativas legislativas. Además, si un decreto de urgencia puede en el mejor de los casos dejar en suspenso los efectos de una ley de manera temporal, no encontramos ningún argumento válido para que una ley parlamentaria no pueda derogar y expulsar del ordenamiento un decreto de urgencia.

Sobre el particular, Carlos Torres y Torres Lara en sesión de la Comisión de Constitución en febrero de 1996 señaló que, "esto no está limitado al plazo que nos hemos impuesto en el Reglamento de los quince días, que debemos cumplirlo siempre, por cierto, pero cuando esto no es posible -por alguna razón- queda abierta la posibilidad de que nosotros revisemos todos los decretos que se dicten de urgencia y que puedan ser materia de una modificación o perfeccionamiento (...) En consecuencia, está abierta acá la posibilidad de revisar todos los decretos de urgencia que se han dado"145.

Sobre el particular Enrique Chirinos Soto146 expresó que:

*"El Congreso retiene absolutamente, en cualquier hipótesis, la potestad de corregir, enmendar, abolir, derogar cualesquier medidas --extraordinarias o no--".*

---

144.- Aún si el decreto de urgencia no tuviere rango de ley, discusión que ya quedo zanjada con la nueva Constitución. Sobre ese punto se puede consultar el trabajo de Luis Felipe Cantuarias y Sergio Oquendo Heraud, "Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional", Revista "Derecho" N° 45 de la PUCP, de diciembre de 1991. En dicho trabajo se concluye que, "En suma, todo hace pensar que los decretos presidenciales de urgencia tratan materias normalmente reservadas a la ley; por lo que, de acuerdo a su contenido, son leyes en sentido material esto es, normas con rango de ley".

145.- Intervención de Carlos Torres y Torres Lara en Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, págs. 2 y 3.

146.- Ver el artículo de Enrique Chirinos Soto, ¿Puede el Ejecutivo legislar?, en Diario "El Comercio" el 1 de octubre de 1990, en la pág. A2. En otra oportunidad más reciente, el mismo Chirinos Soto acotó que "la propia Constitución añade que el Congreso puede modificarlos o derogarlos, no sólo perfeccionarlos como dice el señor Presidente, también se le pueden derogar, y para esto no hay plazo. Podemos encontrar un decreto de urgencia de hace cinco (5) años y queremos derogarlo, lo derogamos, eso no tiene plazo". Intervención de Carlos Torres y Torres Lara en Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 4.



Por su parte Carlos Cárdenas Quiróz señala que:

*"...en el marco de la Constitución de 1979 decía que, "no obstante no estar previsto un procedimiento de revisión de Decretos de Urgencia en nuestro país, es perfectamente posible que el Congreso apruebe una ley que derogue un decreto de esa clase"147.*

A manera de antecedente, tenemos el proyecto de Joffre Fernández que reconocía en su artículo 13º, la posibilidad de control de los decretos de urgencia a través de la facultad legislativa ordinaria, siendo denominada por este autor, "convalidación expresa".

*"Artículo 13º.- La convalidación expresa se lleva a efectos de conformidad con el procedimiento que preceptúa la Constitución Política para la formación de las leyes".*

Y más recientemente, podemos mencionar las palabras del congresista Henry Pease en relación con la existencia de dos sistemas de control parlamentario de los decretos de urgencia. Este expresará que *"pero ocurre que acá hay dos trámites posibles: el trámite ordinario que cualquier congresista presenta un proyecto de ley y sigue su curso, en el parlamento es mucho más lento. El trámite especial que señala el reglamento que es que antes de los quince días la Comisión dictamina(...)"148.*

Como sabemos el control parlamentario puede ser realizado por diferentes instrumentos, por algo se les llama instrumentos "polifuncionales". Entonces, nada obsta para que el legislador luego de confrontar el decreto de urgencia con su parámetro y con libre apreciación subjetiva, pueda concluir que el DU no se ajusta o no lo considera oportuno, en consecuencia decide derogar dicha norma a través de una ley parlamentaria.

Además, esta vía alternativa de control parlamentario nos parece indispensable y **complementario** del procedimiento específico para aquellos casos en que un decreto de urgencia no fue cuestionado y derogado en su momento vía el procedimiento específico contenido en el art. 91º del Reglamento del Congreso y como ya dijimos, se nos vencieron todos los plazos en el hipotético caso que estos se cumplieran efectivamente. O en todo caso, supongamos que el decreto de urgencia era realmente constitucional, pero con el transcurso del tiempo, este decreto deviene en inconstitucional, o como señala la doctrina española, surge una "inadecuación sobrevenida". En aquellos, como se ha vencido todos los plazos que

---

147.- Carlos Cárdenas Quiróz, Los Decretos de Urgencia, en el suplemento Dominical del Diario "El Comercio" aparecido el 9 de setiembre de 1990.

148.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1996, pág. 19.

señala el art. 91º del Reglamento, sólo quedaría el procedimiento legislativo para realizar el control parlamentario<sup>149</sup>.

El procedimiento legislativo podrá ser entonces otro de los caminos procesales que adoptará el control parlamentario de los decretos de urgencia. El problema con esta teoría sería que puede ser pasible de observación por el Presidente de la República, la autógrafa una vez aprobada por el Congreso y enviada al Ejecutivo para su firma y promulgación. Aún cuando esto carecería de lógica por ser un contrasentido, legislativamente es posible, salvo que sea expresamente prohibido por el Parlamento, medida que consideramos necesaria para evitar este tipo de acciones del Gobierno para obstaculizar el control parlamentario. Esta modificación debería empezar por una modificación de la Constitución.

### **5.3.5. Parámetro(s) de Control Parlamentario**

Tal como señalamos en el capítulo anterior, el parámetro del control parlamentario de los decretos de urgencia constituye la referencia con la cual se confrontará los decretos de urgencia, a efectos de definir y resolver su derogación o convalidación. Es clave pues, analizar todos los elementos que componen esta suerte de canon o de parámetro, desde los requisitos más explícitos hasta los que se desprenden del conjunto de la Constitución por vía de interpretación integral o incluso por sentido común.

En los dos capítulos anteriores señalábamos que el parámetro del control parlamentario puede ser básicamente de dos tipos, pudiendo el Parlamento recurrir a ambos, sin jamás olvidar que la decisión es sobre la base de un control político y no jurídico. Incluso hemos sostenido que aún cuando utilicemos el parámetro del control jurídico constitucional, es inevitable la recurrencia al principio de oportunidad, en la evaluación de los requisitos de exigidos por la Constitución.

#### **5.3.5.1. El Parámetro del Control Político**

En el capítulo anterior, apreciábamos a diferencia del carácter objetivado del control jurídico realizado por órganos jurisdiccionales como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el Congreso es el órgano que realiza el Control político. Sin embargo, esta distinción no está muy clara en algunos operadores jurídicos, sobre todo los vinculados a la institución parlamentaria, donde se suele confundir o se pierde de vista que finalmente estamos ante un control político cuando hablamos del control parlamentario.

Uno de los criterios para esta diferenciación está en la libertad de valoración de ese canon, que se traduce en la disponibilidad del parámetro por parte del órgano encargado del control tal como lo señala Manuel Aragón.

---

149.- Esta posibilidad ha sido aceptada por el profesor Sagües incluso desde un perspectiva a favor del Poder Ejecutivo. Analizando una jurisprudencia argentina, este autor señalaba que los decretos de urgencia ofrecían dos lecturas, una ejecutivista y otra restrictiva. La primera estaría caracterizada por una interpretación a favor del Poder Ejecutivo, caracterizada por que "El Congreso sólo podría modificar un decreto de necesidad y urgencia por vía de ley, y el proyecto del caso podría ser vetado por el Poder Ejecutivo". Cfr. Néstor Sagües, Decretos de Necesidad y Urgencia: estado inicial del problema. Revista jurídica "La Ley", Buenos Aires, Tomo 1992-B, 1922, pág. 916.

*"En resumidas cuentas, en el control político, aún en los supuestos en el que el ordenamiento se refiere a un canon normativo de comprobación, la libertad de valoración de esa canon, las razones de oportunidad que la presiden, la libertad de decisión (política) mediante la cual el control se manifiesta, hacen que el parámetro sea enteramente disponible para el agente de control. Se trata siempre, pues, de una decisión política basada en razones políticas. Esa es la condición sustancial del control que estamos examinando"*<sup>150</sup>.

En la raíz de estas confusiones y ambigüedades en que muchas personas incurrirán, está la falta de claridad en la definición de la naturaleza del control parlamentario. No obstante algunos autores, como Enrique Chirinos Soto, quizás no a nivel conceptual pero sí a nivel empírico, tiene mayor claridad cuando señala con relación al control parlamentario que:

*"(...) porque aún si llegáramos a la conclusión de que el decreto es constitucional, podría ser inconveniente; y entonces tenemos el derecho de modificarlo o de derogarlo"*<sup>151</sup>.

Una hipótesis parecida es la sostenida por Lourdes Flores:

*"(...) la necesaria intervención para que el parlamento ejerza un control parlamentario; en casos como tratados internacionales que son firmados por el Gobierno o decretos de urgencia que el gobierno expide; es decir, la posibilidad que el parlamento como voz política pueda cambiar decisiones que el ejecutivo en su momento haya tomado, porque ese es el control político que le compete"*<sup>152</sup>.

A diferencia de estos autores, para el profesor Enrique Bernales, el control parlamentario de los decretos de urgencia estará más cerca del control jurídico - constitucional, tesis con la que no estamos de acuerdo. Para ese autor, "el cotejo con las leyes vigentes es obligado y lo es más el verificar si al amparo de medidas extraordinarias, no se han afectado derechos adquiridos o cometido excesos que requieran sanción política y reparación legal"<sup>153</sup>. Este mismo autor luego de señalar que, el criterio más adecuado de compensación que evita los peligros de una

---

150.- Aragón, *op. cit.*, pág. 152.

151.- Intervención de Enrique Chirinos Soto en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 19.

152.- Intervención de Lourdes Flores Nano, en la sesión del 29a."Q" sesión permanente (matinal), realizada el día miércoles 21 de julio de 1993, del Congreso Constituyente Democrático.

153.- Enrique Bernales, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990, pág. 153.



asimetría por la excesiva concentración del poder en el Ejecutivo, es que el parlamento incrementa funciones de control, señala que "El Parlamento evalúa entonces la acción legislativa, su ajuste a las normas constitucionales y adopta una decisión"<sup>154</sup>. El problema obviamente, no es que se utilice la Constitución Política como parámetro (aspecto inevitable de lo contrario no estaríamos dentro de un estado derecho), sino cuando sólo se restringe a la evaluación de la constitucionalidad el control parlamentario de los decretos de urgencia.

Me parece interesante mencionar el proyecto de ley del Senador Borea Odría, en cuyo art. 5º, se inclina más por un control político de oportunidad.

*"Artículo 5º.- Reunido el Congreso para ese efecto, se da cuenta de la disposición y el mismo nombra una Comisión Bicameral paritaria y multipartidaria, de la 10 miembros, para que dictamine sobre la situación de extraordinaria emergencia e interés nacional que se alega para la expedición de la medida y para que dictamine, también, sobre su respaldo o su derogatoria inmediata.*

*El Congreso, en la misma oportunidad que nombra la Comisión, cita a sesión, para el octavo día, contado a partir de esa fecha. En dicha sesión, se discute, con carácter exclusivo, el dictamen de la Comisión; no producido el dictamen, se discute en el Congreso la invocación del interés nacional alegado y la conveniencia de la medida".*

Se aprecia, como el parámetro sobre el que discutirá el Congreso será además de la concurrencia de los requisitos que la Constitución exige, "la invocación del interés nacional y la conveniencia de la medida". Conveniencia no para el Gobierno o el Tribunal Constitucional, sino para el Congreso.

Esta posición de alguna manera es la señalada por el congresista Carlos Chipoco cuando señala en su dictamen que "El control de la legislación de urgencia no es sólo un control de constitucionalidad, es también una forma de control de la política del Ejecutivo"<sup>155</sup>. En efecto, "El control que ejerce el Congreso no es sólo sobre la vigencia de la Constitución, es decir, sobre el respeto que el Ejecutivo debe hacer de la Constitución al momento de emitir el decreto de urgencia. También es una expresión del control político... el Congreso tiene la facultad de derogar la norma porque la **considera inadecuada como política de gobierno**"<sup>156</sup>.

#### 5.3.5.1.1. Marco normativo del parámetro del control político de los decretos de urgencia

Tenemos en primer lugar, el art. 102, inciso 1 de la Constitución Política de 1993. Este constituye el primer artículo donde en nuestro juicio se encuentra plasmada la

---

154.- Enrique Bernaldes, La Constitución de 1993. Análisis Comparada, CIEDLA - Konrad Adenauer, Lima, 1996, pág. 396. Esta idea, acerca de que el Parlamento evalúe entonces si la acción legislativa se ajusta a las normas constitucionales y adopta una decisión, ya había sido mencionada en Parlamento y democracia, pág. 160.

155.- Dictamen de Carlos Chipoco, op. cit., pág. 23.

156.- Ibidem.



posibilidad del control político del Congreso sobre los decretos de urgencia. En esta norma se encuentra contenida dentro del acto legislativo, el acto de control. De alguna manera, a través de la facultad legislativa se ejerce el control político de oportunidad de una manera más plena y sin limitaciones.

Esta misma idea ha sido recogida en la última parte de la redacción del inciso 19 del artículo 118° tal como ya señalamos

El art. 118 inciso 19 no señala con claridad en qué casos se va a derogar los decretos de urgencia. Consideramos, que no necesariamente esta derogación se restringe a los casos en que no se aborde la "materia económica y financiera" o no se atienda el "interés nacional", o no se de cuenta al Congreso. Creemos que es posible también, una interpretación más amplia, en consonancia con el art. 102° de la Constitución Política y con el principio de soberanía legislativa, por el lado ya no formalmente del acto de control necesariamente, sino del acto legislativo de la facultad legislativa. En todo caso, no tiene sentido, limitar la potestad y la soberanía legislativa que encarna al soberano, en favor de un órgano como es el gobierno, que no ostenta la representación nacional como si lo hace el Poder Legislativo, más aún cuando la Constitución no lo hace.

Por lo demás esta idea ya estuvo presente al momento de discutir la Ley N° 25397, cuando en el dictamen que la Cámara de Diputados evacuó luego de recibir el proyecto del Senado sobre la ley de control de los actos normativos del Presidente de la República, se decía que la ratificación del Congreso del Decretos Supremo Extraordinario "no limita el derecho de iniciativa para derogar los decretos supremos extraordinarios mediante una ley y en cualquier momento"<sup>157</sup>.

Pero si bien el Control Político tiene un parámetro muy subjetivo, la naturaleza y el mandato representativo del Congreso, sugiere que el Parámetro de este debe orientarse por el lado de los intereses de aquellos a quienes representa y que finalmente los eligieron. La voluntad del soberano, de la colectividad nacional constituye esa suerte de parámetro con el cual "debería" en teoría la representación nacional confrontar los decretos de urgencia. Ciertamente esto es recomendable, pues finalmente aún cuando no están sujetos a mandato imperativo -sino a mandato representativo-- y son parlamentarios que una vez elegidos representan a toda la nación, cada uno de ellos fue elegido para representar y encarnar las demandas y expectativas de aquellos que le confiaron su voto.

También habíamos visto en capítulos anteriores, que la voluntad de la colectividad nacional como parámetro político del Control político del Congreso es asimismo sumamente subjetivo, dependiendo del lugar en que nos ubiquemos en el espectro político, sobre todo si hablamos desde la mayoría o desde la minoría. Para algunos sobre todo para la mayoría este interés de la colectividad se plasmará en el plan de gobierno del partido instalado en el Gobierno --algo tan exótico en nuestros candidatos a la Presidencia--, plan cuya exposición en los sistemas parlamentarios y mixtos es objeto de confianza. Para otros entre las que podemos encontrar a la oposición, esta voluntad colectiva y no sin razón se expresará también en la

---

157.- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley aprobado por el Senado de fecha 3 de octubre de 1991.

Constitución y en las leyes, aprobadas por representantes del pueblo, sea a través de una asamblea constituyente o un Parlamento ordinario.

Esta suerte de voluntad mayoritaria, cuyos límites y fronteras son siempre difíciles de establecer, podemos encontrarla en la Constitución en el art. 118° inciso 20, bajo el concepto de interés nacional.

*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*19. 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.*

Sin embargo, la forma como está fraseado en el artículo referido no ayuda mucho, pues además de cumplir con los requisitos de materia económica y financiera y encontrarnos ante una situación extraordinaria, urgente e imprevisible, exige como condición adicional y en forma conjuntiva (y) no disyuntiva, que haya de por medio un interés nacional. En la práctica esta exigencia es dejada de lado por la imprecisión de que esta cargada, salvo en algún momento se le desarrolle constitucional y legislativamente, en que casos se reputará que existe un interés nacional, pero mientras tanto, la ambigüedad se mantendrá.

La idea de interés nacional es extrañamente omitida por el artículo 91 del Reglamento del Congreso, aún cuando se remite al contenido del artículo 91° del Reglamento, en los términos siguientes "La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política...".

El antecedente de la exigencia de adecuación del interés nacional la podemos encontrar en el art. 11 de la Ley 25397.

*"Artículo 11.- Las citadas Comisiones emiten dictamen, si consideran que la medidas extraordinarias dictadas no se sustentan en razones de **interés nacional** no se ha cumplido con los requisitos formales y el marco normativo definido en los artículos 4o. y 5. de la presente Ley".*

La consideración del interés nacional la podemos también encontrar en el art. 5 del proyecto de Borea Odría cuando señala que reunido el Congreso se da cuenta de la expedición del decreto de urgencia, y el mismo nombra una Comisión para que "dictamine sobre la situación de extraordinaria emergencia e interés nacional que se alega para la expedición de la medida". Finalmente, no podemos dejar de ser ingenuos y reconocer que esta postura explica de una manera más adecuada la realidad, y está en consonancia con la propia naturaleza de la institución parlamentaria. Tampoco podemos dejar de reconocer sobre todo, que esta, constituye un argumento que beneficia a la mayoría parlamentaria dispuesta a cualquier cosa con tal de salvar y asegurar la sobrevivencia del decreto de urgencia y de esa manera cubrir las espaldas al Poder Ejecutivo, aún a riesgo de violar la primera Carta Política. Sin embargo, consideramos que no existe otra manera de explicar el silencio y la complacencia del Parlamento frente a innumerables

decretos de urgencia, manifiestamente inconstitucionales, que a través del control político y del criterio de oportunidad.

Finalmente, la interpretación subjetiva y/o política de la Constitución Política, y la carencia de idoneidad de imparcialidad e independencia del Congreso de la República para señalar en que casos el Poder Ejecutivo no ha cumplido con los requisitos que la Constitución exige para la expedición de decretos de urgencia, encuentra cabida y asidero legal, en lo señalado en el artículo 93° de la Constitución Política cuando señala:

*"Artículo 93.- Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento".*

Debe recordarse asimismo que, este privilegio no lo tiene el Poder Ejecutivo, no obstante que este si actúa de acuerdo al principio de oportunidad y conveniencia. Por otro lado,

#### **5.3.5.2. El Parámetro del control jurídico constitucional**

Una primera cosa que queremos reafirmar, es que nadie está en contra que se utilice al Constitución como parámetro. Lo que se quiere que también se reconozca los serios límites que tiene el Congreso como órgano político y partidarizado para realizar ese control de la constitucionalidad, de manera eficaz, dada su naturaleza y el lugar que ocupa en la estructura del poder político. También se quiere por otro lado, que no se reduzca el control parlamentario de los decretos de urgencia a un control de la constitucionalidad, muy por el contrario, que se reconozca también al lado de este, el control político sobre la base del criterio de oportunidad.

Se puede discutir, desde una perspectiva funcionalista que el Congreso no es el Tribunal Constitucional encargado de realizar el control de la Constitucionalidad de las leyes, pero si se deriva a la Comisión de Constitución es justamente para que la Comisión de Constitución examine si esos decretos están dentro de los supuestos de urgencia y de uso extraordinario que contempla la Constitución, y si es que no están vulnerando lo establecido expresamente en la Constitución<sup>158</sup>.

---

158.- Una idea similar ha sido sostenida por Fernando Olivera, en la Comisión de Constitución. Ver en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la



La utilización de la Constitución Política como parámetro de control parlamentario de los decretos de urgencia, es parte de la práctica cotidiana del Congreso, que puede ser encontrada en los documentos de la mayoría oficialista pero sobre todo con los dictámenes de la oposición.

Sin embargo, donde se evidenció de una manera más clara e indudable el parámetro del control parlamentario de los decretos de urgencia, es en la intervención del congresista Jorge Trelles, en el debate y votación de la derogación de los decretos de urgencia 029, 030 y 031 en marzo del presente año:

*"No está en nuestro ánimo hacer justicia ni determinar injusticias, está en nuestro ánimo determinar la constitucionalidad de unos decretos; ahora, hacer justicia no es tan fácil, es muy fácil decir: Hágase justicia, otra cosa es hacer justicia conforme a ley"*<sup>159</sup>.

Sobre este tema como decíamos no hay mucha claridad en los actuales congresistas pues se utiliza como parámetro de la Constitución y, sin embargo, se le denomina control político del Congreso, modelos de control que hemos distinguido y diferenciado en los capítulos pasados. Un caso ilustrativo de los varios que existen es el informe de Jorge Trelles en su calidad de Presidente de la Comisión evaluadora de la acusaciones constitucionales, a propósito de una acusación que se presentó Jorge Alva Orlandini contra los Ministros de Economía y Defensa por refrendar un decretos de urgencia que exoneraba la licitación pública. En dicho documento, se decía que "La Constitución ha otorgado rango de ley a los decretos de urgencia los mismos que actualmente son pasibles de control mediante una acción de inconstitucionalidad, sin embargo, el control inmediato de los decretos de urgencia corresponde al Congreso". Dicho congresista agrega que, "Una vez dictado el decreto de urgencia por el Presidente de la República, el Congreso verifica que la medida reúna los requisitos exigidos por la Constitución, es decir, **que se haya emitido en una situación extraordinaria, que la materia no exceda lo económico o financiero y que sea conforme al interés nacional**", requisitos estos últimos que al estar en la Constitución Política, convierten a esta verificación y comparación en un control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia.

Como el mismo Jorge Trelles señaló en la discusión de la Comisión de Constitución cuando se discutía la derogación de los decretos de urgencia 029, 030 y 031 acerca del parámetro de evaluación de la Subcomisión en cuestión:

*"La función de esta subcomisión es exclusivamente determinar si los decretos de urgencia son constitucionales o no lo son; ahora, entrar al fondo de lo que tratan los decretos de urgencia no es nuestra función y lo que hemos hecho es*

---

sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 14.

159.- Transcripciones Magnetofónicas de la Sesión de la Comisión de Constitución el día martes 17 de marzo de 1998. Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 del Congreso de la República.



*determinar que estos decretos de urgencia exceden el ámbito del Poder Ejecutivo y no son constitucionales"160.*

Como ya lo hemos sostenido, como consecuencia de su naturaleza el Congreso no se encuentra atado a ningún parámetro que no sea el mismo que el se auto imponga. Efectivamente, las decisiones no se toman según el grado de constitucionalidad que tengan sino según cuente con votos mayoritariamente suficientes. Según el art. 3º del Reglamento del Congreso de la República "El Congreso es soberano en sus funciones. Tiene autonomía normativa, económica y administrativa". Ahí reposa en parte su naturaleza política. Sin embargo, existe un principio que dice que quien puede lo más puede los menos, en consecuencia nada impide que el Parlamento utilice la Constitución ante la ausencia de criterios comunes para realizar el control.

Ahora, esto no nos impide reconocer que, si bien el Parámetro del control jurídico constitucional es propio de órganos como el Tribunal Constitucional, la minoría y la oposición, suelen recurrir a la Constitución como parámetro del control de los decretos de urgencia, ante la incapacidad de imponer sus opiniones, y como un esfuerzo de apelar a un documento base del ordenamiento político y jurídico, que constituye la ley de leyes, que se encuentra por encima de las diferencias políticas. Así, la Constitución es utilizada e invocada como una suerte de Metatexto, en el transcurso del debate en la Comisión de Constitución, como una manera de oponer a la razón de la fuerza de la mayoría de los votos, la fuerza de la razón expresada en la Constitución, razón que no será efectiva al momento de la votación, pero sí ante la opinión pública. Y esto es así, porque desde la perspectiva del principio de oportunidad y conveniencia, las opiniones de la oposición serían totalmente relativizadas y opuestas a la interpretación de la oportunidad del que tiene el poder de tomar la decisión en última instancia, como es la mayoría parlamentaria.

En este último caso, la idea de la oposición será tratar de demostrar como si bien la mayoría --estrechamente vinculada al gobierno-- cuenta con la suficientes votos para impedir cualquier control y posterior derogación, no puede evitar que la minoría demuestre ante los medios de comunicación y ante la opinión pública, la manifiesta inconstitucionalidad de los decretos de urgencia, pudiendo eventualmente impulsar una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, caso este último, donde actuaría como una suerte de pseudo Fiscal, de acusador demandando la inconstitucionalidad o quizá una acusación constitucional. De ahí que será capital en este control, la relación que pueda tener la oposición y la minoría con la opinión pública a través de un debate público con la participación de la prensa, pues finalmente como también ya lo dijimos, la opinión pública constituye finalmente el verdadero tribunal y "público" del trabajo parlamentario de la oposición.

Por ello, consideramos desde la perspectiva del Congreso y del trabajo de la oposición, que reviste especial importancia, utilizar inteligente y creativamente la Constitución, para encontrar los requisitos, explícitos o no, de tal manera que sin obstaculizar al gobierno en el cumplimiento de sus funciones para las cuales ha sido

---

160.- *Ibidem.*

elegido por la voluntad popular, se ejerza un verdadero control del gobierno, en lo que a legislación de urgencia se trata.

- Marco normativo del control parlamentario de la constitucionalidad

El marco normativo del control parlamentario de la constitucionalidad de los decretos de urgencia podemos encontrarlo de manera general, en la Constitución Política y el Reglamento de la República. Como estas normas ya han sido comentadas, sólo las mencionaremos. En la Constitución Política vigente tenemos:

*"Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso: (...)*

*2.- Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.*

*3.- Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución. (...)*

*5.- Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución(...)"*.

*"Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".*

*"Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)"*.

*"Artículo 46.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas".*

*"Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".*

*"Artículo 99.- Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al*

*Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.*

El Reglamento del Congreso de la República, también recoge una norma, que consagra el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución.

*“Deberes funcionales*

*Artículo 23.- Los Congresistas tienen el deber : (...)*

*b) De cumplir y hacer cumplir la Constitución Política y las leyes del Perú, así como respetar el presente Reglamento del Congreso”.*

Como se puede advertir, más allá de la discutible idoneidad del Congreso para realizar el control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, la Constitución Política y el Reglamento del Congreso establecen la obligación de cumplir la Constitución, y de garantizar que otros la cumplan, tal como también ocurre con el Poder Ejecutivo, y todo funcionario y órgano público. Sin embargo, no dice nada acerca del control de la constitucionalidad. Esto se establecerá de alguna manera, en el artículo 91° del Reglamento. El art. 99° es si lugar a dudas un caso singular, porque allí se le encarga al Congreso la facultad de decidir cuando ha habido o no infracción a la Constitución Política. Sin embargo, por razonamiento lógico y jurídico (quien puede lo más puede lo menos), un órgano que tiene la facultad de sancionar (art. 100° de la Constitución) por infracción de la Constitución, posee implícitamente, la facultad, antes de aplicar la consecuencia punitiva, de establecer si ha existido infracción a la misma, y en esta calificación que le corresponde al Congreso, la Constitución juega sin lugar a dudas un papel fundamental. Quizá aquí se encuentre el fundamento constitucional más próximo al control de la Constitucionalidad de los decretos de urgencia por parte del Congreso.

Lo que en todo caso si queda claro y sin lugar a dudas, es que el Congreso no se puede exonerar de la obligación de cumplir y hacer cumplir la ley, y en ese sentido, la Constitución constituye un parámetro para el Parlamento en el ejercicio de su función, más allá del problema de los decretos de urgencia.

En ese sentido, discrepamos del congresista Carlos Chipoco, cuando señala que “el poder Legislativo también controlamos la constitucionalidad de las leyes por un mandato constitucional (...)”<sup>161</sup>. La Constitución en ningún momento habla de control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia. La obligación de hacer cumplir del art. 102 inciso 2 de la Constitución y del art. 23 del Reglamento, no necesariamente implica poseer la facultad de control de la constitucionalidad. De lo contrario, el Presidente de la República también podría argumentar del art. 118 inciso 1 de la Constitución la facultad de hacer control de la constitucionalidad.

---

161.- Intervención de Carlos Chipoco en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 19 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 18.



*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*1.- Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales".*

A esta obligación de respetar la Constitución Jorge Trelles le denomina "(...)deber genérico de respeto a la Constitución(...)"<sup>162</sup>.

A lo largo de todo el texto constitucional, se pueden encontrar de forma explícita o por interpretación sistemática, una serie de requisitos y/o límites para la expedición de los decretos de urgencia. Tenemos, así, los requisitos formales y los requisitos que se deducen por interpretación.

#### **5.3.5.2.1. Requisitos constitucionales de fondo para la expedición de los decretos de urgencia**

Tenemos en primer lugar, los denominados requisitos formales, que son los requisitos clásicos y conocidos, donde prácticamente la doctrina y la legislación comparada están de acuerdo salvo con el requisito de la materia económico y financiera. Esta parte no la desarrollaremos con detenimiento porque el tema ha sido ampliamente trabajado en nuestro medio<sup>163</sup>, resultando ocioso la repetición.

##### 5.3.5.2.1.1. El control del ámbito material de la norma: Económico - financiera

Este requisito no es muy común en la legislación comparada, razón por la cual sobre este punto carecemos de referencias que nos oriente, salvo el caso colombiano. La Constitución Colombiana señala tres casos donde puede expedirse los decretos de necesidad y urgencia siendo el supuesto de uno de ellos, el 215º cuando "*sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública*". En las demás constituciones sólo se hace referencia a la situación de urgencia y necesidad, sin la referencia directa a materia económica financiera. Ahora, todos sabemos que el aspecto económico constituye hoy en día uno de los aspectos claves en el manejo de la cosa pública, con suficiente capacidad para desestabilizar a un país, y con graves consecuencias, incluso, mucho más de lo que puede causar alguna catástrofe o accidente de la naturaleza o un conflicto armado.

Es difícil saber como los congresistas y menos aún el Congreso hoy en día interpretan el concepto de materia económica y financiera., pues nos enfrentamos a ciento veinte parlamentarios con diferentes posiciones políticas. Un documento que puede ser referencial e ilustrativo es el informe presentado del congresista Jorge Trelles el 11 de febrero de 1998, en su calidad de Presidente de la

---

162.- Intervención de Jorge Trelles en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 19 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 20.

163.- Tenemos los diferentes trabajos de Eguiguren mencionados en la bibliografía, las tesis académicas de Castillo y Ana Velazco, e innumerables artículos publicados, también citados en la bibliografía.



Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, a propósito de una acusación constitucional presentada por el congresista Javier Alva Orlandini contra los Ministros de Economía y Defensa por refrendar un decreto de urgencia que exoneraba de licitación pública. En dicho documento se decía que:

*"Lo económico o financiero, en el caso de los decretos de urgencia, ha sido definido como la administración de recursos escasos para satisfacer necesidades infinitas que son específicamente referidas a la hacienda pública. Así pues, están comprendidas en la misma, la elaboración o modificación del presupuesto, los procesos de adquisición o de contratación, las operaciones de endeudamiento, lo concerniente a las pensiones y remuneraciones, etc."*<sup>164</sup>.

La definición que hace esta subcomisión es demasiado genérica y amplia, a tal punto, que en nuestro criterio no aporta nada nuevo, pues nos dice que "Lo económico o financiero, en el caso de los decretos de urgencia, ha sido definido como la administración de recursos...para satisfacer necesidades infinitas que son específicamente referidas a la hacienda pública". Hasta aquí no ha dicho nada nuevo, el problema continúa, pues aún no sabemos que está referido a la hacienda pública. Luego agrega el texto que "...están comprendidas en la misma, la elaboración o modificación del presupuesto, los procesos de adquisición o de contratación, las operaciones de endeudamiento, lo concerniente a las pensiones y remuneraciones, etc.". Es decir, hace una pequeña lista abierta y nada más.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 118 inciso 19 de la Constitución de 1993 es casi una copia del art. 211° inciso 20 de la Carta de 1979. En ella se introduce como primera condición, que la materia sea económica financiera.

"Artículo 118.- *Corresponde al Presidente de la República:*

*19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera ...".*

El Reglamento del Congreso, antes que reproducir el texto de la Constitución de 1993, lo que hace es remitirse al precepto de la Constitución correspondiente. La letra c) del art. 91° hace mención hasta en dos oportunidades a la "materia" del decreto de urgencia.

*"c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las **materias señaladas** en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política...Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el **ámbito material** señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política..."*

---

164.- Acusación constitucional presentada el 3 de setiembre de 1997 por el Congresista Alva Orlandini, contra los Ministros de Economía y Finanzas y de Defensa por suscribir un decreto de urgencia que exoneraba de Licitación Pública.

El problema entonces será, qué entendemos por materia económico financiera. Para ello será necesario indagar sobre los orígenes y antecedentes de esta norma.

El proyecto sustitutorio contenido en el dictamen de los proyectos de Borea y Fernández, se aborda el problema de la materia económica en el art. 3°. En aquella oportunidad se decía que, hemos recogido aportes valiosos de acuciosos autores expresados en diversos foros y plasmados en diversos artículos, así como opiniones coincidentes, en líneas generales, en la necesidad de regular debidamente y restringir la atribución de las medidas extraordinarias a los aspectos siguientes:

*"Artículo 3°. Los decretos presidenciales de urgencia tienen el carácter extraordinarios y provisionales; por medio de ellos se puede:*

*a. Modificaciones a la Ley Anual del Presupuesto y excepciones a las normas sobre contratación con fondos públicos.*

*b. Creación, modificación, exoneración y suspensión de tributos en forma provisional y temporal.*

*c. Operaciones de Endeudamiento externo e interno destinadas a proveer de recursos financieros al Estado para atender y satisfacer necesidades públicas"*<sup>165</sup>.

Posteriormente cronológicamente, tenemos los artículo 9°, 10° y 11° de la Ley 25397. La primera alusión la encontramos en el artículo 1°.

*"Artículo 1.- La presente Ley establece el régimen general de control por el Congreso de las atribuciones del Presidente de la República para:*

*a) Dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, de acuerdo con lo que establece el inciso 20) del artículo 211o. y el artículo 132o. de la Constitución Política (de 1979)";*

Volvemos a encontrar una alusión en el art. 7° de la ley antes mencionada. En el segundo párrafo de dicho precepto, y en relación con la parte resolutive de los decretos supremos extraordinarios (decretos de urgencia) se señala que, *"Bajo sanción de nulidad, la parte considerativa comprende una exposición de motivos donde, con suficiencia y precisión se exponen los hechos de orden económico y financiero y los fundamentos jurídicos que motivan las medidas extraordinarias"*.

---

165.- Proyecto contenido en el Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política.

Sin embargo, será en el artículo 4° de la ley 25397, donde se establecerá el contenido de lo que esta ley entiende por materia "económico financiera".

*"Artículo 4.- Los Decretos Supremos Extraordinarios tienen vigencia temporal, expresamente señalada en su texto, por no más de 6 meses y pueden suspender los efectos de la ley cuando sea necesario dictar **medidas económicas y financieras** sobre los siguientes aspectos:*

- a) Reestructurar los gastos del Gobierno Central y las empresas del Estado, establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, siempre que las disposiciones presupuestarias impidan la aplicación de las medidas extraordinarias;*
- b) Modificar o suspender tributos en forma temporal;*
- c) Disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento interno y externo, para proveer de recursos financieros al Estado destinados a la atención y satisfacción impostergable de necesidades públicas;*
- d) Intervenir la actividad económica de conformidad con el artículo 132o. de la Constitución Política.*

Salvo la letra d) que hacía alusión al artículo 132° de la Carta de 1979 que ha sido derogada por la Constitución Política del Perú de 1993, las demás letras del art. 4 de la ley 25397 constituyen la única definición de la materia económica financiera aún cuando esta definición no es vinculante por estar derogada, sino sólo ilustrativa. Como se aprecia entonces, la materia de los decretos de urgencia debe ser exclusivamente económica o financiera. Aún cuando quizá excesivamente genérica y puede decirse que todas las materias tiene un contenido económico, la norma no se refiere a ello sino a materias de naturaleza exclusivamente y directamente financiera o económica.

La materia económica se refiere a lo económico y esto es básicamente la "administración recta y prudente de los bienes"<sup>166</sup>, de manera que estamos hablando primero de la administración de los bienes del Estado. Mientras que lo financiero se refiere a lo "perteneiente o relativo a la hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios mercantiles"<sup>167</sup>. Ambos criterios deben ser integrados.

Luego de señalar que la materia económica y financiera fue desarrollada con mucha precisión en el artículo 4° de la Ley N° 25397 y que en consecuencia, constituye la única definición auténtica del ámbito financiero económico existente en nuestra legislación y en consecuencia, la única pauta legal existente a seguir en la interpretación del contenido de las normas en materia financiera y económica sin olvidar su carácter ilustrativo y no vinculante<sup>168</sup>; el congresista Carlos Chipoco

---

166.- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, Madrid, 1992, pág. 787.

167.- *Ibidem*.

168.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, pág. 27.



sostiene que, la definición del ámbito económico y financiero puede también buscarse en el propio texto constitucional.

Según este congresista, en el Título III "Del Régimen Económico" de la Carta Política los temas económicos y financieros son tratados en forma más específica. Agrega que, en el se encuentran algunos de los temas básicos de economía y finanzas, entre otros: libre competencia, libertad de trabajo, libertad de empresa, comercio e industria, inversión nacional y extranjera, moneda extranjera, propiedad, y presupuestal, sistema monetario, estabilidad monetaria, régimen agrario, entre otros. En ese sentido, estos debieran también constituir tópicos que delimitan el criterio de la materia económico financiera<sup>169</sup>.

El problema con esta definición, es que ensancha los tópicos de economía, objeto de regulación a través e los decretos de urgencia, ampliando el margen de discrecionalidad y de alguna manera contraviniendo e ignorando la naturaleza restrictiva de esta institución.

#### 5.3.5.2.5.1.1.1. Referencia directa y esencial a la materia económica

Por nuestra parte, una manera de dar solución a este problema, pasa por sostener y exigir que la referencia a materia económica y financiera sea de manera directa y esencial. A esta referencia directa se puede llegar a través de la utilización nociones como la del contenido esencial del precepto constitucional, el principio de desviación de poder y los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Uno de los problemas más comunes que surgen cuando uno analiza los decretos de urgencia es el encontrarse con decretos de urgencia que no abordan en forma directa y esencial la materia económica, si no de manera muy general y tangencial. Una cosa es adoptar una medida de gobierno que aborda materia económica en forma directa, inmediata y esencial, y otra son aquellos casos donde se toca materia económica en forma adjetiva, indirecta y mediata. En relación con este último argumento, tendremos que recordar que, toda acción propia la gestión y el manejo del gobierno, en última instancia tiene siempre un repercusión económica, pues la administración pública no son sectores aislados. Desde esa lógica serían pocas las áreas que no tocaran materia económica pues toda decisión para su implementación necesita cierto desembolso del presupuesto por muy pequeño que este sea, comparativamente.

En tal sentido, la referencia tangencial o indirecta constituye un supuesto de desviación de poder que explicamos en el capítulo anterior, en la medida que estaríamos ante la utilización de una institución del derecho constitucional y más específicamente del derecho parlamentario para un fin distinto al previsto y querido por la Constitución.

En definitiva, la referencia a materia económica y financiera será en forma directa e inmediata, en forma restrictiva para materia distintas, sin olvidar que estamos ante una institución que se utiliza en vía de excepción, pues esta fue la voluntad del constituyente y de la Constitución. Lo que los constituyentes quisieron, fue reducir al máximo el ámbito de aplicación del decreto de urgencia.

---

169.- *Ibidem*.



Otro elemento y que creo que para nosotros es más importante es, la finalidad del decreto de urgencia desde la perspectiva de su órgano emisor. Así habría que analizar la dimensión económica de la finalidad del decreto de urgencia. Cual es el objetivo del Poder Ejecutivo con ese decreto de urgencia.

#### 5.3.5.2.1.2. El requisito de la necesidad y urgencia

La Constitución de 1993 habla de los decretos de urgencia, utilizando "urgencia" en forma de sustantivo, como parte de un nombre propio (los decretos de urgencia), a diferencia del art. 5º de la Ley N° 25397 y del art. 91º del Reglamento del Congreso de la República que utiliza la palabra urgencia como una característica -- esencial-- de este tipo de normas.

"Artículo 118.- *Corresponde al Presidente de la República:*

*19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia (...) El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".*

*"Artículo 5.- Los Decretos Supremos Extraordinarios se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyos efectos o el riesgo inminente que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas, circunstancias que deben quedar expresadas en los considerandos del decreto".*

"Artículo 91º.-

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia..."*

Se aprecia que para que sea procedente la aprobación del decreto de "urgencia", se precisa de la existencia de una real situación de urgencia, este es el supuesto fáctico habilitante de la facultad legislativa extraordinaria del Ejecutivo. Según la Real Academia Española, urgencia es la "necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio"<sup>170</sup>. Se vincula así, la urgencia a la necesidad o ausencia apremiante de algo imprescindible o impostergable para alguna actividad, en este caso para la economía o las finanzas.

La urgencia implica una situación apremiante y de imperiosa necesidad, se trata de una situación que no puede esperar. Estamos ante una hipótesis de hechos en la que la única manera de conjurar la situación de peligro, sólo es posible mediante una respuesta legislativa rápida. Se requiere una norma de rango de ley y no es posible esperar al funcionamiento normal del trámite legislativo. **Se exige así, por la naturaleza de la situación una actuación rápida, expeditiva.**

**Ahora, no basta entonces, la simple ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible sino la concurrencia de una necesidad y urgencia.** Es más, no toda

---

170.- Real Academia de la Lengua Española, *op. cit.*, pág., 2050.

situación extraordinaria e imprevisible supone una actuación urgente, puede ser que estemos ante un problema irreversible, donde no se requiera una acción urgente necesariamente, o ante situaciones extraordinarias e imprevisible cuya respuesta no requiere una acción urgente, sino medidas en el largo y mediano plazo. En relación con el modelo seguido por el legislador, consideramos que el Reglamento ha adoptado un modelo que guarda mucha cercanía con lo que la jurisprudencia española denomina de la "necesidad absoluta". En efecto, en el art. 91º y específicamente en la letra c) se habla de imprevisibilidad y amenaza o peligro a la economía y a las finanzas públicas.

Si analizamos el art. 118 inciso 19, veremos que no hay nada claro. Se podría incluso decir que, sólo cuando además de la materia económica financiera existen interés nacional se podrá expedir los decretos de urgencia: "*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*".

Sólo es posible hablar de un modelo o si leemos en conjunto el art. 118 inciso 19 de la Carta Política en concordancia con el art. 91º del Reglamento del Congreso de la República. En esta última se entra más en detalle y se define perfiles claros cuando se señala que los decretos de urgencia se fundamentan "*normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas*". El propio art. 91º nos obliga a una lectura conjunta y a una remisión obligada cuando señala que "*Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación*".

Así, si vamos sumando requisitos podemos llegar a señalar los siguientes: a) situaciones extraordinarias, b) en materia económica y financiera, c) existencia de un interés nacional, d) situaciones imprevisibles. Sin embargo, el requisito que es más contundente y claro de la gravedad de la situación que justifica la expedición de un decreto de urgencia es el requisitos que exige una situación tal, e) que genere un riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Para la doctrina española, la necesidad absoluta a diferencia de la necesidad relativa, está identificada con "aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional" o "un peligro grave (...) para el orden público"<sup>171</sup>. La necesidad absoluta comprendería, entonces en el sistema español, todas aquellas situaciones de *crisis del sistema político*. Podemos concluir que estamos ante lo que la doctrina española denomina de necesidad absoluta con las diferencias y salvedades necesarias, pues en nuestro caso, es más una emergencia producto de una crisis económica, a diferencia del caso español que está más referido a una crisis política, sin dejar de reconocer que una puede llevar a la otra. Pero hay que agregar, no una crisis económica cualquiera

---

171.- S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, Fj 5, pfo. 2. Citado por De Vega García, *op. cit.*, pág. 13.

sino una que abarque el interés nacional señalado en el art. 118 inciso 19 de la Constitución.

Un requisito como aquel, que exige que la situación que pretende ser regulada y solucionada a través de un decreto de urgencia se tal que "genere un riesgo inminente de que se extiendan y que constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas" es incompatible con lo que lo que la doctrina española denomina "necesidad relativa". Esta última está más pensada para "*dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual*"<sup>172</sup>, "*que se originan en el ordinario desenvolvimiento del que hacer gubernamental*"<sup>173</sup>, situación que guarda enorme distancia con lo señalado sobre todo en el Reglamento del Congreso. La necesidad relativa entendida como "*utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86, tiene que reputarse lícita en todos los casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país (...) o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta*"<sup>174</sup> es de distinta naturaleza con la situación que señala nuestra Carta Política pero sobre todo, con el Reglamento del Congreso de la República en su art. 91°.

De esta manera, a diferencia del caso español donde el decreto ley parece ser entendido como un instrumento político más o menos del Gobierno, que le es posible utilizar con la sola finalidad de lograr los objetivos gubernamentales<sup>175</sup>, incluso coyunturales, en nuestro país, las normas jurídicas exigen un conjunto de requisitos que en conjunto están reservados para situaciones excepcionales, donde estemos ante una crisis económica de alcance nacional y verdaderamente extraordinaria y excepcional.

En ese sentido, tampoco es aplicable la interpretación que se hace el Tribunal Constitucional Español<sup>176</sup> cuando señala que la necesidad absoluta es regulada y enfrentada a través de los Estados de excepción, mientras que la necesidad relativa es enfrentada a través de los decretos de leyes. Y no lo es porque, en el caso de nuestra Constitución el decreto de urgencia está pensado y restringido para materia económica financiera supuesto distinto al del art. 137° de la Constitución Política<sup>177</sup>.

---

172.- *Ibidem*.

173.- S.T.C. 60/1986, de 20 de mayo, FJ 3, pfo. 4. Citado por De Vega García, *op. cit.*, pág. 13.

174.- S.T.C. 29/1986, de 20 de febrero, FJ 2.A, pfo 2. Citado por De Vega García, *op. cit.*, pág. 14.

175.- De Vega García, *op. cit.*, pág. 14.

176.- De Vega García, *op. cit.*, pág. 15. Según este autor, "El tribunal deduce de la diferente sede constitucional en que se ha ubicado la regulación del decreto-ley (Título III, Capítulo II: "De la elaboración de las leyes) y los estados de emergencia (Título V: "De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales") una distinción no sólo material, sino también formal de ambos tipos de situaciones. Y en segundo lugar, porque la definición constitucional del ámbito del decreto ley se efectúa de modo negativo (mediante una lista de excepciones), no es posible -dice el Tribunal—desprender un contenido positivo del artículo 86°. STC 6/1983, de 4 de febrero, Fj. 5, pfo 2)".

177.- "CAPÍTULO VII. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. Artículo 137.- El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado,



Aún cuando nadie niega que una crisis política pueda terminar en una crisis económica y viceversa, cuando el art. 137° refiere que el Régimen de Excepción puede surgir en dos supuestos: en "Estado de emergencia", en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, y "Estado de sitio", en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan; estos guardan distancia del supuesto del art. 91° del Reglamento más pensado para una crisis de tipo económico, mejor dicho de raíz económica.

Sólo restará por esperar que nuestro Tribunal asuma una posición firme cuando le toque realizar el control jurídico de los decretos de urgencia, pero eso ya es tema de otro trabajo.

#### 5.3.5.2.1.3. El requisito de situación extraordinaria e imprevisible

La expedición de decretos de urgencia exige que la situación materia de la norma sea "extraordinaria e imprevisible". Como precedente podemos mencionar el artículo 5° de la Ley N° 25397, el que señaló: "*los decretos de urgencia se fundamentan en la urgencia de normas situaciones extraordinarias e imprevisibles*". Aquí nos referimos si bien a dos requisitos que conceptualmente son distintos, en la realidad suelen aparecer en forma conjunta: Encontrarnos ante una situación extraordinaria y que la misma haya sido imprevisible. El paso de un cometa cerca de la tierra es sin lugar a dudas un hecho extraordinario, fuera de lo ordinario, de lo común, pero previsible, si sabemos que estos objetos después de un determinado número de años pasan por la tierra en forma sistemática. Igual se puede decir de los huaycos que caen en la carretera central, en verano de todos los años. Es extraordinaria la ocurrencia de este fenómeno, sin embargo, es previsible que sucedan deslizamientos, más aún cuando así ha sucedido sistemáticamente en años anteriores. Se exige que el hecho además de extraordinario, sea imprevisible. si se quiere lo imprevisible cualifica lo extraordinario y les da un carácter especial. La doctrina española exige que nos hallemos ante "la real existencia, de público y notorio, estado de necesidad y urgencia súbito, agudo y **no previsible** que no

---

en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan). Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República; 2). Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso".



admite esperar su tratamiento por el Poder legislativo ante su inmediatez. Esa es su causa que debe valorarse como cuestión de hecho<sup>178</sup>.

Esta interpretación no es compartida por los miembros de la mayoría parlamentaria. Destaca entre estos, la interpretación de Jorge Trelles, para quien *"El artículo 91º cuando habla de decretos de urgencia dice y a mi juicio va ahí más allá de la Constitución, dice que se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituya un peligro para la economía y las finanzas públicas y la Constitución es mucho más simple (...) es decir, que el reglamento ha introducido a mi juicio yendo mucho más allá de la Constitución esta calificación..."*<sup>179</sup>.

También es interesante recoger la interpretación que Trelles hace de la noción "extraordinario". Para este autor, esto está referido a que el Poder Ejecutivo asume la facultad legislativa sólo en forma extraordinaria y no ordinaria. Esta interpretación, no tiene precedentes en la doctrina, y sólo es entendible, si se comprende la finalidad política que esconde.

*"si uno recuerda la Constitución anterior, en ella simplemente se decía que el Presidente podía dictar medidas extraordinarias de carácter económico y financiero cuando así lo requiera el interés nacional. La calificación extraordinaria está referida a la medida, la medida ordinaria del Poder Ejecutivo es, no es cierto, los reglamentos en los cuales reglamenta y se subordina a la ley; pero puede también, cuando el interés nacional lo requiere, dictar medidas extraordinarias, en el sentido que dicta medidas con fuerza de ley, pero esta noción de urgencia e imprevisibilidad y necesidad creo que es una desgraciada nota más de ese reglamento, y ese artículo creo, Presidente, que hay que modificarlo cuanto antes para evitar distorsiones"*<sup>180</sup>.

*"Un artículo infeliz en nuestro reglamento que es menester mirarlo teniendo siempre presente la Constitución, la ley superior, la Constitución. El olvido constitucional puede darle a este inciso del reglamento un alcance que no puede tener mientras rija la Constitución (...) Creo que la Comisión tiene cuando lee el reglamento una misión superlativa y es*

---

178.- Abad Hernando, Jesús. Régimen jurídico de los reglamentos prelación normativa en el derecho positivo, en "Doctrina Judicial", 1990-I-817; también en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el Cincuentenario de su Fundación (1941-1990), Córdoba, 1990, pág. 111. Citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 63.

179.- Intervención de Jorge Trelles en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 15.

180.- *Ibidem*.

*teniendo en cuenta a la Constitución. Esto, porque un plazo como la imprevisibilidad y las otras modificaciones que le impone el Reglamento creo que ante la lectura meditada de la Constitución no tiene mayor trascendencia ni alcance”181.*

Con relación a la relación entre urgencia y a la imprevisibilidad, Trelles expresará que,

*“en la palabra urgencia, en la semántica de esa palabra no se encuentra para nada el contenido de imprevisibilidad, ese es un añadido francamente lingüístico, es un añadido político. Entonces, lo urgente no es lo imprevisible, lo urgente es aquello que urge, aquello que temporalmente requiere realizarse; en ningún momento --y revisen el Diccionario de la Real Academia-- en la palabra urgencia está la connotación imprevisibilidad. Esta connotación si se encuentra en la Ley de Control de los Actos del Parlamento sí se encuentra en la Ley de Control de los Actos del Parlamento, malhadada ley que originó un serísimo conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo”182.*

Para Trelles, lo extraordinario está referido a que sólo en forma extraordinaria el Poder Ejecutivo ejerce la facultad legislativa. Según este autor, el art. 118 inciso 19 “tiene su origen en el inciso 20 del art. 211 de la Constitución anterior que no hablaba de Decretos de urgencia, hablaban de medidas extraordinarias y la Constitución usó el adjetivo extraordinario por cuanto ordinariamente el Ejecutivo no da leyes. Entonces, el sentido -salvo mejor parecer- del calificativo extraordinario que, además, está en la Constitución francesa, se refiere a que extraordinariamente el Ejecutivo Legisla. No se refiere a esta interpretación -a mi juicio sesgada- que está en el reglamento”183.

Sin embargo, Trelles olvida que lo extraordinario por definición no es lo previsible, sino todo lo contrario, lo imprevisible. Este parlamentario, olvida que las medidas ordinarias, regularmente previsibles son las que puede dar el Congreso.

El artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política del Perú, utiliza la palabra extraordinario. Sin embargo, omite hablar de la condición de imprevisible del

---

181.- Intervención de Jorge Trelles en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 21.

182.- Intervención de Jorge Trelles Montero en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 19 de marzo de 1996, Segunda Legislatura Ordinaria de 1995, pág. 16.

183.- Intervención de Jorge Trelles en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 22.

hecho extraordinario. Tenemos así, que afirma que es facultad del Presidente de la República, "Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia...". Además de emplear extraordinario también como sustantivo, cuando habla de los decretos supremos extraordinarios, en el artículo 5º de la Ley 25397, alude no sólo a la situación extraordinaria sino también y en forma conjunta e inmediata a la condición imprevisible del hecho extraordinario. La situación extraordinaria tiene que verificarse junto con la situación imprevisible.

*"Artículo 5.- Los Decretos Supremos Extraordinarios se fundamentan en la urgencia de normar **situaciones extraordinarias e imprevisibles** cuyos efectos o el riesgo inminente que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas, circunstancias que deben quedar expresadas en los considerandos del decreto.*

Será el artículo 91º del Reglamento el que señale en forma definitiva la condición extraordinaria e imprevisible.

*"c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar **situaciones extraordinarias e imprevisibles...**"*

La definición que la misma Real Academia Española hace de lo extraordinario, es de algo "fuera del orden, o regla natural o común"<sup>184</sup>. Siendo así, estamos ante un hecho que se ha denominado excepcional y en consecuencia, excepción de la regla común, fuera de lo ordinario, que ocurre rara vez. La situación que debe enfrentar el decreto de urgencia debe pues ser una situación no normal, especial y en tal razón requerir una norma específica.

Para la misma Academia, lo imprevisible es una situación que no se puede anticipar, que no puede ser prevista<sup>185</sup>. Tenemos así que además de especial, la situación a regulada por el decreto de urgencia debe haber sido **imposible de anticipar por un persona con la debida previsión y responsabilidad que le puede ser exigible a un funcionario público competente y capaz**. La existencia o ausencia de un hecho o conjunto de hechos, tiene que haber sido imposible de prevenir y en consecuencia, obligan a esa acción excepcional. El requisito es lógico: si la situación es previsible, pre-determinable por el sentido común o la habilidad profesional promedio de un competente funcionario público, debió usarse con la debida oportunidad las vías regulares de aprobación de leyes y no la excepcional.

Sin embargo, la Constitución Política tampoco prohíbe esta interpretación. En ese sentido, el art. 118 inciso 19 de nuestra primera Carta Política ha optado por un texto lo suficientemente amplio, y el legislador, al redactar el art. 91º del Reglamento lo que ha hecho es interpretar el mencionado precepto de la Constitución dentro del espíritu establecido por el constituyente, sobre todo

---

184.- Real Academia de la Lengua Española, *op. cit.*, pág. 940.

185.- *Ibidem*, págs. 1148 y 1665.



cuando este último señala que la situación habilitante del decreto de urgencia, debe comprometer el "interés nacional".

#### 5.3.5.2.1.4. El requisito de riesgo y peligro inminente para la economía

La Constitución guarda un silencio sobre esta condición, la misma que si bien no figura en su texto si se desprende de ella. En interesante acotar lo señalado por el congresista Jorge Trelles de las filas de NM C-90, cuando se lamentaba del agregado que el Reglamento del Congreso había hecho presuntamente a la Constitución Política, al exigir el requisito de riesgo y peligro inminente para la economía. Según dicho autor, el Reglamento se había excedido en el desarrollo que había hecho del artículo 118, inciso 19 de la Constitución<sup>186</sup>,

*"El artículo 91° cuando habla de decretos de urgencia dice y a mi juicio va ahí más allá de la Constitución, dice que se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituya un peligro para la economía y las finanzas públicas y la Constitución es mucho más simple (...) es decir, que el reglamento ha introducido a mi juicio yendo mucho más allá de la Constitución esta calificación(...)"<sup>187</sup>.*

El antecedente de esta norma lo podemos encontrar en el artículo 5° de la ley 25397 se señala que:

*"Artículo 5.- Los Decretos Supremos Extraordinarios se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyos efectos o el riesgo inminente que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas, circunstancias que deben quedar expresadas en los considerandos del decreto".*

Será finalmente el artículo 91° letra c) la que recoja este requisito, el mismo que quedará de la siguiente manera:

*"c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas..."*

---

186.- Revisar la primera intervención del Congresista Jorge Trelles en las transcripciones magnetofónicas de una las primeras sesiones que revisaron el tema del control de los decretos de urgencia, en el año de 1995.

187.- Intervención de Jorge Trelles en la Comisión de Constitución, en: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 15.



Apreciamos, que esta condición exige que la situación sea tal, que de no expedirse el decreto de urgencia, se ocasionará o mantendrá un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Se trata pues, de una suerte de "estado de emergencia económica", que tuvo su fuente de inspiración quizá en el artículo 132° de la Carta de 1979<sup>188</sup>, relacionado también con lo que la doctrina española denomina "necesidad absoluta".

Entre las situaciones de peligro que debería enfrentar el decreto de urgencia podríamos nombrar no taxativamente las siguientes situaciones inminentes o sorpresivas: desencadenamiento de una alta inflación, grave devaluación de la moneda nacional, incremento excesivo de bienes o servicios de consumo popular, o de bienes o servicios con efectos sobre dichos bienes, grave déficit en la balanza de pagos, situaciones de conflicto interno o internacional que generen efectos graves sobre la situación económica o financiera del país.

El Tribunal Constitucional español<sup>189</sup> ha establecido también, que debe existir una adecuación entre la situación de urgencia habilitante del empleo del decreto de urgencia, y las soluciones normativas contenidas en el decreto de urgencia, de modo que la norma de urgencia no puede contener disposiciones que no guarden relación con la situación que se trata de afrontar, o no modificasen de modo instantáneo la situación jurídica existente, o que no sean medidas de eficacia inmediata. Son de aplicación aquí lo señalado antes relacionado a la utilización de criterios como razonabilidad, proporcionalidad y equidad.

#### 5.3.5.2.1.5. El interés nacional

La exigencia del interés nacional es un requisito que viene directamente de la Constitución de 1979. Este es el requisito que se encuentra menos claro, y por su indefinición, su desarrollo legislativo se le deja de lado. Los llamados a definir el contenido de este concepto no son nuevos. Con fecha 12 de abril de 1987, el Colegio de Abogados de Lima emitió un pronunciamiento sobre el uso exagerado por parte del Gobierno de los Decretos Supremos Extraordinarios. Entre dicho pronunciamiento se decía:

*"2. La experiencia vivida hace recomendable que al más breve plazo el Congreso de la República dicte una ley que desarrolle los alcances del inc. 20 del artículo 211 de la Constitución, (...) Dicha norma debería contener, cuando menos, las siguientes disposiciones:*

*(...) b. Regular con precisión (...) "los criterios para calificar el interés nacional que exige la expedición de esta norma"<sup>190</sup>.*

---

188.- "Artículo 132° En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario.

189.- De Vega García, *op. cit.*, pág. 22.

190.- También se puede mencionar el art. 1° del proyecto contenido en el dictamen a propósito del proyecto de los diputados del Partido Popular Cristiano que fue ampliado en la Comisión de Constitución. "Artículo 1°.- Son Decretos Presidenciales de Urgencia los que

El tema también fue atendido por el proyecto del Instituto Libertad y Democracia (ILD) mencionado. En el artículo 90° de dicho proyecto se señala que, "*debe incluirse una explicación en torno (...) (al) interés nacional involucrado*".

La Subcomisión de Trabajo de la Comisión de Constitución Encargado de Estudiar la Constitucionalidad de los Decretos de Urgencia y de los Decretos Legislativos (Subcomisión), en el último informe en mayoría presentado a la Comisión de Constitución el 3 de febrero de 1988, señala como una de las características del decreto de urgencia, que estas "*se dictan cuando lo requiere el interés nacional*"<sup>191</sup>. Según este documento, "*Se dictan por razones de interés nacional. En consecuencia no se dictan por cualquier interés particular sino por razones de interés que concierne a toda la Nación*"<sup>192</sup>. El texto no precisa nada, sino que por el contrario aumenta la duda y la ambigüedad. Sin embargo, se puede sacar ventaja a esta disposición cuando dice que "*conciérne a toda la nación*"<sup>193</sup>.

Es difícil saber como los congresistas y menos aún el Congreso hoy en día interpretan el concepto de interés nacional. Un documento que puede ser ilustrativo es también el informe presentado del congresista Jorge Trelles el 11 de febrero de 1998, en su calidad de Presidente de la Subcomisión revisora de las acusaciones constitucionales, a propósito de una acusación constitucional presentada por el congresista Javier Alva Orlandini contra los Ministro de Economía y Defensa referido en este documento en más de una oportunidad. En dicho documento se decía que: "*el interés nacional es un concepto jurídicamente indeterminado y cuyo contenido es definido políticamente. En el caso concreto el interés nacional puede ser equiparado con conceptos vinculados a un estado de derecho democrático y constitucional, así pues es posible definirlo como bienestar de la mayoría o el logro de objetivos constitucionales fundamentales*".

En este último caso, es interesante resaltar como el congresista Jorge Trelles se suscribe a la teoría de los conceptos jurídicamente indeterminados tal, como lo hace un sector de la doctrina extranjera, ya explicada.

El interés nacional debería ser interpretado como un interés, un asunto que no atañe sólo a un sector de la población ni a una o dos localidades, sino como un asunto que si bien puede aparecer localizado y focalizado en una zona específica es objeto de preocupación por toda la población nacional desde Tumbes hasta Tacna como por ejemplo, el fenómeno del niño, es decir, de alcance nacional. Debe afectar e involucrar de alguna manera toda la nación.

Sin embargo, más allá de esta atingencia, nos enfrentamos a un concepto indeterminado jurídicamente, que será definido en el caso concreto y en el

---

para dar curso a medidas provisionales que urgen al interés nacional (...) cuando las circunstancias y necesidad no hagan posible al conocimiento, regulación, control y competencias oportunas del Congreso".

191.- Informe de la subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 3 de febrero de 1998, suscrito por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles. Se analizan, 60 decretos de urgencia (054-97 al 114-97).

192.- Ibídem.

193.- Ibídem.

momento oportuno por el Gobierno. En definitiva, no es un requisito que pueda ser entendido autónomamente sino al lado y en integración con los demás requisitos. En ese sentido cualifica y ayuda a precisar el contenido de los conceptos como situación extraordinaria de necesidad y urgencia, etc.

#### 5.3.5.2.1.6. Prohibición de tocar materia tributaria

Como principio general, la materia de los decretos de urgencia no es otro que el de toda ley ordinaria. Sin embargo, aquí se hace una excepción.

En este punto hay varias precisiones que hacer. En principios se pueden adoptar básicamente dos posiciones. Una, que sería la más coherente con la naturaleza transitoria y temporal del decreto de urgencia es que, si partimos que los decretos de urgencia sólo suspenden en forma temporal los efectos de las leyes e incluso de la propia Constitución por un tiempo sumamente breve, mientras el Congreso interviene (en ningún caso modificar, derogar o aprobar leyes), no habría ningún problema en que este tipo de normas aborde diferentes temas como materia tributaria, leyes orgánicas, lo relacionado a leyes de presupuesto que no este dentro de su competencia. Sólo será admisible en conclusión si los decretos tienen efectos suspensivos. La otra tesis es la que prohíbe modificar. Normas tributarias como si fuera una ley ordinaria.

No obstante esta acotación, el artículo 74 de la Constitución no se coloca en ninguna de las posiciones, sino que es mucho más radical y más contundente, pues, sea con efectos suspensivo o sea con efectos modificatorios no puede abordar materia tributaria. En otras palabras, los decretos de urgencia no pueden **contener** materia tributaria en ninguna circunstancia sea en forma temporal o permanente.

En efecto, el artículo 74° de la Constitución de 1993 es muy claro al sostener que "los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria"<sup>194</sup>.

---

194.- Cuando estaba vigente la Constitución de 1980, existió un cierto consenso en tributaristas como Zolezzi y Medrano, respecto a que las medidas de urgencia (que en esa norma constitucional eran Decretos Supremos) podían estar referidas a la materia tributaria. En cuanto al alcance de esa materia tributaria, el mismo Zolezzi señala lo siguiente: "cumpliéndose el presupuesto habilitante, la facultad en el campo tributario puede afirmarse que es amplia; que no tiene límites, pero necesariamente provisional o temporal, desde que se permite la dación de decretos extraordinarios como instrumentos de sustitución legislativa, a condición que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad y de interés nacional. En este sentido, por esta vía no pueden modificarse en forma permanente normas de carácter permanente, pero al dejarlas en suspenso o modificarlas temporalmente, se puede legislar provisionalmente sobre materias coyunturales y gravar o exonerar hechos tributarios de realización inmediata", citado en Eguiguren, op. cit., pág. 231. De una opinión distinta era, desde mucho antes, parte de la doctrina española sobre la materia, Garrido Falla ha sostenido: "Cazorla se planteaba el problema de si los Decretos Leyes podían regular materia tributaria. Después de reconocer que en la práctica ya nos encontramos con varios Decretos Leyes en materia tributaria (..) se puede afirmar que ni en la mente de los que elaboraron esta norma, ni en la de los que la convalidaron se tenía, ni mucho menos la certeza de que tal proceder era ajustado a los mandatos constitucionales. Por nuestra parte, no tenemos ningún inconveniente en afirmar que nuestra certeza lo es en el sentido de su inconstitucionalidad" en op. cit., pág. 1245.



Esta postura, sin embargo, es distinta a la asumida en el artículo 4° de la Ley 25397.

*"Artículo 74.- ....Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.*

*No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.*

*"Artículo 4.- Los Decretos Supremos Extraordinarios tienen vigencia temporal, expresamente señalada en su texto, por no más de 6 meses y pueden suspender los efectos de la ley cuando sea necesario dictar medidas económicas y financieras sobre los siguientes aspectos:*

*b) Modificar o suspender tributos en forma temporal;*

Nótese, sin embargo, que en esta última norma --hoy no vigente-- existen dos posibilidades: la modificación o la suspensión de tributos, en este último caso, por su propia naturaleza la suspensión será temporal. Desde nuestro punto de vista, el decreto de urgencia, **no deroga ni modifica normas, sino suspende los efectos** de las leyes mientras dure la situación extraordinaria. Esta postura es más coherente con la vigencia temporal del decreto, pues al término de dicho plazo, la norma que fue suspendida recobrará su vigencia.

La prohibición de abordar materia tributaria, no es nueva en la legislación comparada, la Constitución Política Argentina, en su artículo 94° inciso 3 ha establecido, que:

*"Solamente cuando circunstancias excepcionales hiciera imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria..."*

Los tributos constituyen uno de los principales instrumentos de política del Gobierno para orientar y regular la actividad económica, razón por la cual consideramos que no debió restringirse la referencia a materia tributaria por parte de los decretos de urgencia, siempre con el carácter suspensivo antes que derogatorio de leyes. Sostener lo contrario implica desde nuestro juicio, limitar y neutralizar la utilidad y la fuerza de este tipo de normas, más todavía cuando advertimos que las causas que generan o motivan los decretos de urgencia en un buen porcentaje, tienen naturaleza, causa o consecuencia económica preponderante.

En todo caso, lo mejor es darle facilidades al gobierno para enfrentar con éxito la situación extraordinaria e imprevisible, y al mismo tiempo asegurar un efectivo control parlamentario de los decretos de urgencia posterior. En ese sentido, lo más recomendable está por el lado de ser permisivos en cuanto a las materias que



podrían abordar los decretos de urgencia, pero en cambio, dotar de eficacia estrictamente temporal a estas medidas, lo que pueda durar el hecho extraordinario y la intervención del Congreso para regular esa situación. Pero sólo tiene sentido, ser permisivo si luego se dan todas las condiciones de control, de no haber estas facilidades últimas no nos quedaría otro camino que restringir las materias objeto de regulación por parte del decreto de urgencia. Creo que, el control no puede obstaculizar el control parlamentario, así de esta manera se da facilidades tanto al gobierno, pero al darle vigencia temporal, se limita y se evita que este tipo de medidas se perennicen.

#### **5.3.5.2.2. Requisitos constitucionales formales para la expedición de los decretos de urgencia**

Existen otro tipo de requisitos de índole más formal, que no son considerados, pero cuyo cumplimiento es importante desde la perspectiva del control parlamentario.

##### **5.3.5.2.2.1. Obligación de refrendar los decretos de urgencia**

Los decretos de urgencia deben ser firmados por el Presidente de la República y refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros, en consonancia con el artículo 123° inciso 3.

*"Artículo 123.- Al Presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde:*

*3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley".*

La facultad de expedir los decretos de urgencia es propia del Presidente de la República, lo que supone que este último debe firmar dicha norma. Esto nos plantea a la vez que una exigencia y un límite, un problema, de si los vicepresidentes pueden en vez del Presidente de la República firmar un decreto de urgencia. Este no es un requisito teórico, Existe por lo menos un caso concreto, donde un Primer Vicepresidente firmó un decreto de urgencia, con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros. Este fue el DU N° 101-97, de fecha 7 de noviembre de 1997. El problema no es sencillo, pues la Constitución es clara en señalar como facultad del presidente y no de los vicepresidentes la expedición de los DU. Sin embargo, consideramos que la propia naturaleza de los hechos que motivan los decretos de urgencia, y sobre todo el encontrarnos ante una situación no sólo extraordinaria, sino insoslayable e impostergable justifica y amerita que los vicepresidentes firmen. Habría en ese caso que interpretar, que esta facultad es concedida a la persona que en el momento en que ocurre el hecho fáctico habilitante, desempeña el cargo de Presidente de la República efectivamente, sea el titular o Presidente o alguno de sus vicepresidentes. Es decir, estamos ante una situación, que no puede esperar, y ante la cual el ordenamiento jurídico otorga una cierta informalidad, con el único objeto de enfrentar y conjurar las consecuencias, razón por la cual se debería permitir la firma de decretos de urgencia por un Vicepresidente siempre que el Presidente no lo pueda hacer por razones de fuerza mayor.

#### 5.3.5.2.2.2. Dar cuenta al Congreso

Otro requisito formal del control parlamentario lo constituye la obligación del dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente del Congreso de la República de la expedición del decreto de urgencia por parte del Poder Ejecutivo. De conformidad con el art. 118, inciso 19 de la Constitución, pero más específicamente con el art. 91° del Reglamento del Congreso de la República, será "dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente.

*"Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:*

*19. 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.*

*"Procedimiento de control sobre los decretos de urgencia*

*Artículo 91.-*

*a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.*

Nos parece ocioso cuando los Congresistas Marcenaro y Trelles hacen de este requisito de la misma importancia de otros requisitos como puede ser la urgencia de las medidas, la extraordinariedad, cuando bien sabemos que los Congresistas se enteran de la expedición por el diario oficial, antes que por la remisión que hace el Gobierno.

#### 5.3.5.2.3. **Requisitos que se pueden deducir por interpretación de la Constitución**

Aún cuando no están plasmados en la Constitución explícitamente, y habrá alguien que los negará --no sin razón--, consideramos que existe otro conjunto de requisitos que se desprenden de la propia naturaleza de la institución de los decretos de urgencia, tal como la concibe la dogmática en consonancia con la propia Constitución, a través de una interpretación amplia, y en atención al carácter vinculante de la Constitución, por se norma imperativa y no de libre disposición.

Sin embargo, se nos puede criticar con justicia, que si se ponen demasiados requisitos, y límites, se está neutralizando a tal punto esta institución, que al final se le vuelve ineficaz, y no les falta razón. Nuestra idea no es obstaculizar el cumplimiento de las funciones del gobierno, sino "obstaculizar" el abuso y de la legislación descontrolada a través de esta facultad por parte del gobierno. Si se advierte que estamos ante una verdadera situación de emergencia y urgencia, habrá que flexibilizar estos requisitos.

En todo caso, no debemos olvidar que estamos ante casos donde una sola persona, el Presidente de la República en razón de **determinadas** circunstancias se apropia

la función legislativa que la Constitución y la colectividad nacional le encarga al Congreso, que repercute en a todos los peruanos. Ese poder que se le encarga al Presidente debe ser utilizado para la finalidad específica y no para otra cosa, razón por la cual debe ser sumamente cuidadoso el legislador o el constituyente al momento de regularlo.

#### 5.3.5.2.3.1. La Transitoriedad o Provisionalidad

Una de las consecuencias de la excepcionalidad de los decretos de urgencia es su temporalidad. Como se ha dicho, "por la naturaleza extraordinaria de estos decretos, su vigencia debe ser necesariamente temporal, justificada por la situación excepcional que motiva su dictado"<sup>195</sup>. En ese sentido, los decretos no derogan leyes emitidas por el Parlamento, sino que suspenden los efectos de estas leyes en forma temporal, mientras dura el tiempo del hecho habilitador. De lo contrario, si el Congreso puede derogar leyes en forma definitiva, carecería y perdería todo sentido la institución del Parlamento, y más aún, el control parlamentario de los decretos de urgencia.

*"Siendo el hecho que motiva el decreto de urgencia uno extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, lógico es que la medida desaparezca. Sostener lo contrario equivaldría a permitir una potestad legislativa del gobierno, incompatible con la división de poderes"<sup>196</sup>.*

Este fue tema que se discutió en el CCD, por congresistas como la Doctora Lourdes Flores Nano:

*"...los decretos de urgencia siempre deben tener un carácter temporal, y que este debe quedar claramente señalado en el texto del decreto; porque si el Presidente de la República va a invadir con el Consejo de Ministros el campo de la ley, señor, pues lo debe hacer en términos muy restringidos y frente a circunstancias extremadamente graves"<sup>197</sup>.*

*"El Presidente de la República y el Poder Ejecutivo sólo pueden invadir el campo de la ley, sólo pueden sustraer materia que corresponde al Congreso cuando las circunstancias así lo aconsejan y por breve tiempo. La temporalidad, señor, de esta medida debe quedar expresamente fijada en la norma; pero, además, señor Presidente, hay que reconocer el indiscutible derecho del Parlamento a ejercer control parlamentario posterior, vale decir, a la posibilidad*

---

195.- Francisco Eguiguren, *op. cit.*, 1995, pág. 185.

196.- Cantuarias Luis Felipe y Oquendo Sergio, "Decretos de Urgencia y medidas extraordinarias", en Derecho N° 45, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre, 1991.

197.- Intervención de la Doctora Lourdes Flores Nano, en la sesión matinal del 29° A-1, del Congreso Constituyente Democrático, realizada el miércoles, 04 de agosto de 1993.



*de revisión de esta norma, a la posibilidad de derogatoria de esta norma, a la posibilidad de modificación de esta norma (...) Por eso, señor Presidente, la temporalidad de este decreto, que no está establecida con claridad, es una corrección indispensable en el texto constitucional"*198.

Tenemos también la intervención del Doctor Roger Cáceres en el CCD:

*"... en el caso, señor, de los Decretos de Urgencia, cuando los Decretos de Urgencia modifiquen, derogan o suspendan leyes, señor Presidente, para esos casos la vigencia debe ser —de esos Decretos de Urgencia— sólo de 180 días, salvo ratificación expresa del Congreso; porque qué ocurre, el Congreso da las leyes, según la Constitución, pero el Poder Ejecutivo con un Decreto Supremo de Urgencia, puede enmendarnos la plana. Está muy bien que lo haga, pueden haber razones de urgencia que así le inspire, pero en ese caso, esa medida rectificatoria debe tener un tiempo determinado, no más de 180 días, salvo expresa ratificación del Congreso"*199.

Sin embargo, pese a los múltiples pedidos y solicitudes para que señalara la naturaleza provisional y transitoria, no se acogió esta sugerencia.

Se puede afirmar que la naturaleza temporal o provisional de los decretos de urgencia obedece a dos razones. La primera, a que las situaciones extraordinarias a las que responde son coyunturales y pasajeras; y, la segunda, a que la eventual continuidad de estas normas queda sujeta a la decisión o regulación posterior del Parlamento<sup>200</sup>. Como señala el Defensor del Pueblo<sup>201</sup>, esta segunda razón explica que la validez de los decretos de urgencia sea temporal. El carácter provisional viene dado entonces, por la exigencia de revisión ulterior por el Congreso para que éste controle la utilización de dicha atribución presidencial verifique el uso dado a la norma y determine su convalidación, su conversión en ley formal o su derogación<sup>202</sup>. Como señala Bernaldes, mediante el control parlamentario, el Congreso ejerce la función de control sobre el acto gubernamental, de tal manera, que es esta evaluación y control la que consolida constitucionalmente el acto realizado por el Ejecutivo<sup>203</sup>.

La conclusión no es otra, tal como señala Eguiguren, el carácter temporal y provisional, es decir, transitorio, del decreto de urgencia determina que a través

---

198.- *Ibídem*.

199.- Intervención de Roger Cáceres, en la sesión matinal del 29° A-1, del Congreso Constituyente Democrático, realizada el miércoles, 04 de agosto de 1993.

200.- Eguiguren, Los retos de una democracia suficiente..., , pág. 210.

201.- Acción de Inconstitucionalidad, contra el Decreto de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97, presentada por el Defensor del Pueblo el 1 de octubre de 1997, Registro N° 005-97-T/TC, pág. 8.

202.- Eguiguren, la delegación delegada..., pág. 185.

203.- Enrique Bernaldes, Parlamento y Democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990, pág. 150.



de él no se puede legislar con vocación de permanencia<sup>204</sup>. Sin embargo, al no haber referencia alguna a la provisionalidad en la Constitución Política y en el Reglamento del Congreso, surge un grave problema de interpretación, dependerá de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si es que no antes de una iniciativa legislativa modificatoria de los anteriores cuerpos normativos.

#### 5.3.5.2.3.2. Imposibilidad del gobierno de actuar utilizando los medios a su alcance

Este es un requisito que si bien está presente en la doctrina y en alguna legislación extranjera, también puede brotar del propio texto de la Constitución y del Reglamento por vía interpretativa y lógica. La imprevisibilidad, la necesidad y la urgencia, lo extraordinario, son diferentes expresiones de un problema y este es la inevitabilidad de la medida. Ciertamente, este requisito no será exigible, cuando la eficacia de la medida se ve disminuida por el anuncio público anticipado del decreto de urgencia antes que surta efectos, como por ejemplo, decretar la indisponibilidad de los ahorros. En estos casos no sería exigible la obligación de agotar otros recursos disponibles.

Sin embargo, no deja de llamar la atención, con relación a la relatividad de este requisito, lo señalado por el congresista Jorge Trelles, miembro y dirigente de la mayoría parlamentaria, cuando sostuvo que en dos días se podía expedir una ley en el Congreso.

*"Si el carácter extraordinario se refiere a la imprevisibilidad y a la urgencia de la medida, **este Congreso ha aprobado leyes en dos días**. Entonces, obviamente que no es la velocidad en la gestación de la norma, porque si así fuese no habría necesidad de esa institución constitucional"<sup>205</sup>.*

Una referencia que llama a la reflexión es la que hace Giovanni Sartori. Este señala que: "la legislación por decreto es el último recurso, ya que primero el presidente debe usar y cumplir con los procedimientos establecidos. No es conveniente que el gobierno por decreto se convierta en una autopista sin obstáculos, ni siquiera en situaciones intermitentes<sup>206</sup>. La conclusión ante esta situación es que el gobierno por legislación es algo muy arriesgado, porque crea dos gobiernos, dos poderes gobernantes, porque el gobierno por legislación implica legisladores que gobiernan tal como ya lo explicamos<sup>207</sup>.

Como señala el autor español Vega García comentando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el término "urgencia" presupone que la situación, a la que se hace frente mediante un decreto-ley, no puede ser afrontada con

---

204.- Ibídem.

205.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 24.

206.- Giovanni Sartori, Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pág. 185.

207.- Ibídem.

efectividad por los procedimientos legislativos ordinarios<sup>208</sup>. El Tribunal Español ha reconocido que la imposibilidad de que la situación sea atendida por la acción urgente de las Cortes Generales constituye el principal perfil definitorio de la urgencia<sup>209</sup>.

El proyecto de ley encabezado por Manuel Ulloa proponía sobre este particular en su art. 4º, que "*sólo respecto de materias administrativas de competencias del Poder Ejecutivo, que hagan urgente e impostergable la dación de una ley, en circunstancias en que el congreso o la Comisión Permanente esté en imposibilidad material de actuar con la premura que el interés nacional requiere*".

La doctrina española considera que el fundamento del estado de necesidad se "halla en la real existencia, de público y notorio, de un estado de necesidad y urgencia súbito, agudo y **no previsible que no admite esperar su tratamiento por el Poder legislativo ante su inmediatez**<sup>210</sup>. Esa es su causa, que debe valorarse como cuestión de hecho. Su naturaleza le impone a ese accionar, el producir efectos inmediatos, de tal velocidad que demuestre que no era posible recurrir a otros medios o trámites ordinarios previstos en la Constitución para la dación de leyes<sup>211</sup>. Esto quiere decir, que "no ha de ser posible realizar tal cometido a través del procedimiento legislativo, en cualquiera de sus modalidades, ni siquiera en aquellas que permiten acortar considerablemente los plazos<sup>212</sup>, como es, enviar un proyecto con carácter de urgencia.

Por su parte, Sagües exige para la expedición de este tipo de normas, "*la aparición (...) de un auténtico supuesto de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución*"<sup>213</sup>. Surge de lo expuesto, que podríamos perfilar un caso crítico, consistente en la parálisis del sistema, o de una parte de sus órganos, frente a una circunstancia en que es necesario actuar para salvaguardar el bien común seriamente comprometido frente a una amenaza grave e inminente<sup>214</sup>. Existe pues, un grado de emergencia, un estado de necesidad, que es de tipo institucional, y que consiste en la parálisis de la institución, que no puede ser solucionada en razón de dicha ausencia de contestación adecuada de la institución que la norma fundamental prevé, el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se interrumpe<sup>215</sup>.

---

208.- S.T.C. 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, pfo., 4; S.T.C. 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5, pfo. 2; S.T.C. 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 4. Citado por De Vega García, Agustín S., *op. cit.*, pág. 18.

209.- *Ibíd.*,

210.- Alejandro Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 65.

211.- *Ibíd.*

212.- Javier Salas. Los decretos leyes en la teoría y en la práctica constitucional, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo I, El ordenamiento jurídico, Civitas, Madrid, 1991, pág. 274, citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 66.

213.- Sagües, Néstor Pedro. Elementos del Derecho Constitucional. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 470. Citado por Pérez Hualde, *op. cit.*, pág., 65.

214.- Alejandro Pérez Hualde, *op. cit.*, pág. 67.

215.- Alejandro Pérez Hualde. *op. cit.*, pág. 70.

Este requisito tiene antecedentes. Podemos mencionar el art. 1º del proyecto presentado por Joffre Fernández, que fue luego recogido en el art. 1º del dictamen posterior. En dicha oportunidad se decía que se expedirán decretos presidenciales de urgencia "(...)cuando las circunstancias y necesidad no hagan posible el conocimiento, regulación, control y competencia oportunas del congreso"216.

En síntesis, una urgencia viene a significar, por tanto, que la actuación legislativa ordinaria no puede tomar a tiempo, medidas indispensables para la satisfacción de una cierta necesidad social217. Sólo así adquiere sentido la institución del decreto de urgencia.

Como parte de los canales ordinarios que en nuestra legislación se debe de considerar, está la posibilidad que alberga el art. 105 de la Constitución Política. Según dicha norma " *Tienen preferencia del Congreso los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia*", y que más urgencia que un decreto de urgencia. En tal sentido, el Gobierno, debería haber intentado utilizar esta alternativa para demostrar que intentó agotar los recursos ordinarios.

#### 5.3.5.2.3.3. Tiene que estar por escrito los fundamentos del decreto de urgencia

Este es un requisito, que no obstante puede no estar formalmente legislado, se hace necesario, pues es la única manera de conocer cuales fueron las motivaciones y los fundamentos que originaron en el Poder Ejecutivo, la expedición de los decretos de urgencia. Puede que haya una causa, que realmente justifique sobradamente la expedición del decreto de urgencia, pero que, como consecuencia de su desconocimiento, el Congreso derogue el decreto de urgencia no por culpa de la ausencia de requisitos, sino del propio silencio del Poder Ejecutivo218.

Explicar los fundamentos de la expedición de los decretos de urgencia, supone algo más que la simple invocación de las normas pertinentes, sino implica explicar y justificar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que la Constitución exige. No basta decir que es una situación urgente y extraordinaria. No es posible ese tipo de argumentos falaces.

En la práctica parlamentaria actual, este vacío es subsanado a través de un pedido formal realizado por el Presidente de la Subcomisión encargada de revisar la constitucionalidad de los decretos de urgencia y de los decretos legislativos de la Comisión de Constitución, al Primer Ministro, para que explique las razones que motivaron la expedición de cada decreto de urgencia, trámite, que se podía obviar en parte, o evitar, si el Gobierno en el momento oportuno (en el texto que envía al

---

216.- Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211º de la Constitución Política.

217.- Santolaya Machetti. El régimen constitucional de los decretos leyes. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 112.

218.- Como señala Henry Pease en la Comisión de Constitución, "No hay manera de hacer un control político sobre algo que se desconoce". Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 1.



Presidente del Poder Legislativo), explicará en los considerandos de los decretos de urgencia, las razones de la dación de cada uno de ellos.

En ese sentido, este requisito se convierte en una suerte de requisito del control parlamentario e incluso del control del Tribunal Constitucional (a través de una acción de inconstitucionalidad) y del propio Poder Judicial (a través del control difuso). Como sostiene Cesar Landa Arroyo, "*Poder Ejecutivo debe cumplir con la obligación de dar cuenta al Congreso; es decir, incluir una explicación en torno a la extraordinariedad de las medidas dictadas, su naturaleza económica - financiera, la urgencia y necesidad de la medida y el interés nacional involucrado*"<sup>219</sup>. Es necesario "*fundamentar racional y razonadamente la necesidad de la dación del decreto de urgencia con fuerza de ley, a fin de que el Congreso ejercite su potestad fiscalización como representante de la soberanía popular*"<sup>220</sup>.

Quizá el primer antecedente lo podemos encontrar en el art. 7° del proyecto de ley presentado por Joffre Fernández, y recogido en el art. 8° del proyecto sustitutorio contenido en el dictamen de la Comisión de Constitución, Reglamento y Leyes Orgánicas.

Sobre la parte considerativa y la necesidad de fundamentar la recurrencia a este tipo de normas por parte del Poder Ejecutivo, el artículo es muy interesante y exige de parte del Gobierno, no la simple cita de artículos sino una real fundamentación con argumentos de hecho y de derecho. Merece destacarse en esta propuesta, la diferencia que se hace entre: hechos, razones, criterios materiales y fundamentos de orden constitucional y legal. Lastimosamente, este proyecto no fue recogido.

*"Artículo 8°. Los Decretos Presidenciales de Urgencia se componen de una parte considerativa y otra resolutive. Bajo sanción de nulidad de la totalidad del decreto, la parte considerativa debe contener la exposición de motivos donde se exprese con suficiencia y precisión los hechos, razones y criterios materiales de orden económico y financiero que afectan al interés nacional, así como los fundamentos de orden constitucional y legal en que se sustentan las medidas extraordinarias y de urgencia aprobadas (...)"*.

*"Artículo 11°. Dentro de las veinticuatro horas posteriores a su promulgación, el Presidente de la República debe remitir, para su revisión y control, al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, la copia del texto original de los Decretos Presidenciales de Urgencia a que dé curso. Además del oficio y decreto, el Presidente de la República remite en la misma oportunidad un expediente que contenga los antecedentes de las medidas de urgencia adoptadas e,*

---

219.- Cesar Landa Arroyo, *¿Quién legisla en el Perú?*, en el Diario "La República", de fecha 24 de setiembre de 1990, en la página de Opinión.

220.- *Ibíd.*



*in extenso, la exposición de las razones de hecho y criterios legales que las motivan, son nulos los Decretos Presidenciales de Urgencia cuya remisión al Congreso, o a la Comisión Permanente, no se produzca, o se efectúa inoportunamente".*

"Artículo 10° Los Decretos Presidenciales de Urgencia no convalidados dejan de tener vigencia por:

(...)

*g.- Incumplimiento de los requisitos de forma o materia que esta ley establece para su expedición o aprobación, bajo sanción de nulidad".*

De todas estas normas del proyecto sustitutorio contenido en el dictamen, y recogidas del proyecto de Joffre Fernández, se pueden resaltar dos cosas. Una primera es una noción que el proyecto de Joffre Fernández desarrolla, y que el dictamen posterior recoge en el art. 11°, cuales la noción de "in extenso". Según el texto antes mencionado, se deben desarrollar *in extenso* la razones de hecho y los criterios de la utilización de este tipo de normas. In extenso según un diccionario especializado significa "*con amplitud, completamente, exhaustivamente, en toda su extensión, a lo largo, por entero (...)*"<sup>221</sup>.

El otro punto interesante, es establecer que los Decretos Presidenciales de Urgencia sea derogado, cuando no hayan cumplido con los requisitos de forma o materia que esta establece para su expedición o aprobación, bajo sanción de nulidad. El incumplimiento del plazo es más claro, sin embargo, el incumplimiento de la fundamentación, no siempre será claro. Pudieran existir situaciones donde esto no sea claro. El problema con este último supuesto es la seguridad jurídica. En otras palabras, debería establecerse que sea formalmente alguna autoridad la encargada de declarar que no se ha cumplido con los requisitos, pues podría alguna persona cuyos intereses afecta el D.P.U., invocar la sanción de nulidad por algún vicio y justificar en ello la inobservancia del decreto, lo cual podría generar alguna zozobra e inseguridad jurídica.

Un antecedente más claro, lo podemos encontrar en el proyecto del senador Alberto Borea, ya comentado en el presente capítulo, cuando proponía en el art. 3 de su proyecto sobre control parlamentario de los decretos de urgencia, que "Publicado el Decreto Supremo que contiene las medidas extraordinarias, se remite al Congreso dentro de las 24 horas, juntamente con una exposición de motivos sobre el interés nacional invocado para su expedición".

También a nivel de los antecedentes, podemos encontrar el artículo 5 de la Ley 25397. Dicha norma exigía la necesidad de fundamentarse en los considerandos la utilización del decretos supremos extraordinarios.

---

221.- Diccionario Océano de Sinónimos y Antónimos, MCMXCII, Ediciones Océano S.A., 1992, Colombia, 1992, pág. 899.

*"Artículo 5.- Los Decretos Supremos Extraordinarios se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyos efectos o el riesgo inminente que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas, circunstancias que deben quedar expresadas en los considerandos del decreto".*

El artículo 91° del Reglamento del Congreso --norma competente para regular estos aspectos-- utiliza una fórmula ambigua. En efecto, de la lectura no queda claro si cuando el Reglamento dice "La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia (...) se **fundamenta** en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles...", significa que dicha fundamentación debe estar escrita expresamente en los considerandos, o deba desprenderse "entre líneas" de la lectura del texto. No hay la claridad suficiente.

En todo caso, consideramos que se debería hacer una interpretación analógica e invocar el art. 75° del mismo Reglamento del Congreso, donde se establece los requisitos para la presentación de proposiciones legislativas, y exigirse si no los mismos si la exposición de motivos que se exige a toda iniciativa legislativa.

*"Artículo 75.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis de costo - beneficio de la futura norma legal y la fórmula legal respectiva que, de ser el caso, estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales".*

Este tipo de exigencias no es nueva para el caso del Presidente de la República, ya el artículo 107° de la Constitución vigente le reconoce a este el "derecho de iniciativa en la formación de las leyes". Sería interesante que en forma complementaria o en el peor de los casos, alternativa, la fundamentación de los decretos de urgencia este a cargo del Primer Ministro, tal como lo señalamos. Este no sólo ayudaría al debate público y abierto, sino que le ahorraría a la mayoría oficialista, tener que adelantar una defensa cerrada del gobierno, creando las condiciones para asumir un juicio con más independencia de criterio, por parte de los miembros de la mayoría parlamentaria. Esto se desprende de la intervención de Jorge Trelles cuando señala que:

*"Pero realmente llamar al Presidente del Consejo (de Ministros) a que exponga un parecer cuando está toda la mayoría para exponerlo me parece también un exceso (...)"222.*

#### 5.3.5.2.3.4. No pueden modificar la Constitución Política

---

222.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 23.

Como regla general, la materia de los decretos de urgencia no puede ser otra que, la de una ley ordinaria, expedida por el parlamento, con mayoría simple. En consecuencia, no puede modificar la Constitución. Asimismo, el decreto de urgencia, tiene menor jerarquía que la Constitución Política. Finalmente. En todo caso, una norma, sólo puede ser modificada o derogada, por una norma de igual jerarquía.

El artículo 206° de la Carta Política de 1993 es claro al señalar que no se puede modificar la Constitución por un procedimiento que no sea el que se establece en él. La consecuencia es clara, los decretos de urgencia no pueden modificar la Constitución, en ninguna circunstancia. Esto implica también, que no pueden modificar leyes orgánicas, ni las instituciones fundamentales del Estado, tampoco pueden introducir modificaciones en la regulación constitucional de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, etc.

*"Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República".*

Sobre el carácter transitorio de los efectos de los decretos de urgencia en relación con la Constitución, el dictamen que evacuó la Comisión de Constitución del Senado del proyecto de ley que después fuera aprobado como la ley 25397, señalaba que "Es preciso señalar que los efectos de estos Decretos Supremos Extraordinarios no podrán en ningún caso modificar las normas constitucionales. Pueden si, transitoriamente, suspender los efectos de la ley"223.

Esta concepción acerca de la transitoriedad del decreto de urgencia se expresó primero en el art. 3 del dictamen aprobado en el senado y finalmente en el artículo 4 del texto aprobado como ley 25397. Sin embargo, a diferencia del art. 4 de dicha ley, el art. 3 del dictamen del senado prohibía expresamente la suspensión de normas constitucionales.

*"Artículo 3.- En ningún caso los Decretos Supremos Extraordinarios pueden suspender las normas constitucionales.... "*

El artículo 4° de la ley 25397 muy por el contrario, guarda silencio acerca de la posibilidad de suspensión de los efectos de las normas constitucionales.

---

223.- En un párrafo anterior, la Comisión de Constitución del Senado había sostenido que, "La Constitución ha previsto aquellas situaciones de crisis grave o de emergencia que requieran de una respuesta inmediata por lo que se faculte excepcionalmente al Ejecutivo a dictar medidas con el exclusivo propósito de afrontar aquella situación de emergencia de ahí el carácter temporal de las mismas".



*"Artículo 4.- Los Decretos Supremos Extraordinarios tienen vigencia temporal, expresamente señalada en su texto, por no más de 6 meses y pueden suspender los efectos de la ley cuando sea necesario dictar medidas económicas y financieras sobre los siguientes aspectos:*

En sentido estricto, podría interpretarse el artículo 206° de la Constitución Política y señalarse que si bien la modificación de la Primera Carta Política está prohibida de hacerse por un trámite que sea el señalado en dicho precepto, sin embargo, podría argumentarse que no se ha prohibido expresamente la posibilidad de suspender los efectos de la Constitución, en atención a la diferencia conceptual entre "derogación" y "suspensión de los efectos", tal como ocurre con la exoneración de licitación pública (art. 76° de la Constitución) realizada a través de los decretos de urgencia<sup>224</sup>.

Sobre este punto, el art. 91° del Reglamento es claro, cuando no distingue entre derogar y suspender los efectos, cuando señala literalmente "exceden el ámbito material". El problema no es derogar o suspender, sino simplemente que determinadas materias no hayan sido abordadas, sea mediante la suspensión de efectos, sea mediante la derogación definitiva.

*"Artículo 91°*

*c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las **materias señaladas** en el inciso 19 de la artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia **no se justifican o exceden el ámbito material** señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación".*

Además, sospechamos con razón suficiente que esta interpretación podría ser utilizada por el Poder Ejecutivo para burlar el cumplimiento de la Constitución y el imperio del Estado Derecho explicado en el capítulo anterior. Por ello, una interpretación como esta (que admita la posibilidad de suspender transitoriamente los efectos de la Constitución) no tiene sentido. En conclusión, no se puede suspender los efectos de la Constitución, menos aún podría todavía modificar.

Tampoco debemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico, no está reconocido ni legislativa ni constitucionalmente, la naturaleza provisional y transitoria de los decretos de urgencia. En consecuencia, en nuestro país, los

---

<sup>224</sup>.- Desde agosto de 1995 hasta julio de 1998, 70 decretos de urgencia exoneran de licitación pública.



decretos de urgencia devienen en verdaderas leyes, con vocación de permanencia, es decir en los hechos, con efectos modificatorios.

#### 5.3.5.2.3.5. Los decretos de urgencia deben tener contenido de ley

En esta parte queremos llamar la atención sobre un punto que a nuestro criterio, está generando muchas confusiones y dificultades de orden técnico en el sistema jurídico. El Poder Ejecutivo se ha acostumbrado a expedir actos administrativos de contenido particular y de mandato ejecutivo mediante normas con rango de ley como son los Decretos de Urgencia, no obstante que la ley por principio debe ser general, impersonal y abstracta.

No todos los actos administrativos del Ejecutivo tienen que ser regulados por medio de Decretos de Urgencia, y más si estos carecen de generalidad y de contenido normativo. Casos como ciertas adquisiciones o la contratación de servicios, etc., al carecer de la generalidad propia de las disposiciones de carácter normativo, han debido ser reguladas por medio de resoluciones supremas, que poseen un mandato más ejecutivo y resolutivo<sup>225</sup>.

A diferencia de las disposiciones normativas de carácter general expedidas mediante normas con rango de ley, existe un conjunto de disposiciones del Ejecutivo, *"que se refieren a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, las que junto con las disposiciones que se refieran a resolución administrativa de conflictos y a los asuntos de contratación, son normas administrativas que no ingresan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual... Estos decretos y resoluciones pertenecen a la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado"*<sup>226</sup>.

Las exoneraciones de licitación pública y otros procedimientos de control del gasto del Estado, como por ejemplo, la adquisición de autos e inmuebles por parte del Estado, no justifica la utilización de los Decretos de Urgencia, que son normas, con fuerza de ley. La mayoría de los Decretos de Urgencia, expedidos por el Ejecutivo constituyen decisiones unilaterales de la Administración, de efectos jurídicos personales e individuales, a diferencia de los actos jurídicos legislativos que crean, reconocen modifican o extinguen situaciones jurídicas generales<sup>227</sup>. En su lugar, se ha debido recurrir a las resoluciones supremas, normas que tiene por objeto resolver un caso concreto y particular.

---

225.- Las "disposiciones resolutivas son aquellas que resuelven sobre peticiones, derechos, obligaciones, sanciones, contratación y similares; normas que, como hemos visto, no se integran a lo que hemos denominado el sistema legislativo por emanar de la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado. Las Disposiciones legislativas son aquellas disposiciones normativas que aplicándose a actividades o grupos específicos, tienen carácter de normas generales y, por lo tanto, ingresaron dentro de la legislación, por ser parte de la función normativa del órgano Ejecutivo del Estado. Marcial Rubio Correa. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988, pág. 145.

226.- Marcial Rubio Correa. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, 1988, pág. 142.

227.- Gustavo Bacacorso. Derecho Administrativo en el Perú, Tomo I, Editorial Cuzco, Lima, 1992, pág. 306.

Concluiremos entonces, que un nombramiento, lo mismo que una concesión para una industria a un individuo o a una empresa, la aceptación de un contrato, etc., se debe hacer por medio de una resolución y no mediante decretos de urgencia, en la medida que se refiere siempre la resolución a un caso concreto, a un asunto determinado que se presenta y no tiene la generalidad del decreto que obliga a todos<sup>228</sup>. Lo contrario significaría violar los **principios de supraordinación** como son los principios de competencia y de jerarquía<sup>229</sup>.

#### 5.3.5.2.3.6. No pueden exonerar de licitación pública<sup>230</sup>

Una práctica que se viene haciendo costumbre en el Gobierno es la utilización --tal como decíamos en el ítem anterior-- de los decretos de urgencia para exonerar licitación pública. Como veíamos, el problema con las exoneraciones de licitación pública es que son actos administrativos de contenido particular y de mandato ejecutivo aprobadas mediante normas con rango de ley como son los Decretos de Urgencia.

La Ley 25397 guardaba silencio sobre este punto específico, razón por la cual, tenemos hurgar mucho antes. Así, encontramos entre los antecedentes a la exoneración de licitación pública a través de decretos de urgencia, el proyecto sustitutorio que se presentó a propósito de los proyectos de ley de Joffre Fernández y Alberto Borea. En dicho proyecto se decía que,

*"Artículo 3º.- Los Decretos Presidenciales de Urgencia tienen el carácter de extraordinarios y provisionales, por medio de ellos se puede:*

*a). Modificar la Ley Anual de Presupuesto y dictar excepciones sobre contratación con fondos públicos, siempre que en ambos casos se trate de atender situaciones de emergencia económica, urgencia y especial gravedad;*

La licitud de esta medida es un tanto complicada y no muy clara, pues por un lado se viola no sólo el artículo 76º de la Constitución, sino la Ley de Presupuesto que señala en que casos únicamente no se realizará licitación pública, y por otro lado, es cierto que en determinadas situaciones, la naturaleza extraordinaria del hecho habilitante y la premura y la urgencia de la intervención del Estado, autorizan a prescindir de la licitación pública.

*"Artículo 76.- ...La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".*

---

228.- Toribio Alayza y Paz Soldán. Derecho Administrativo General y del Perú. Lima, Sanmarti y Cía., 1927, pág. 15. Citado por Marcial Rubio Correa, Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1988, pág. 139.

229.- Marcial Rubio Correa, op. cit., pág. 143.

230.- Cuando hablamos de licitación, nos referimos no sólo a la licitación pública, si no Concursos Públicos de Precios y Concursos Públicos de Méritos y Adjudicaciones Directas.

No obstante ello, este no es el caso promedio, pues por lo general el gobierno recurre a estas exoneraciones, en situaciones que no tienen nada que ver con el supuesto habilitante de los decretos de urgencia. En efecto, el Ejecutivo está utilizando la institución de los Decretos de Urgencia con el objeto de eludir los distintos procedimientos de control del gasto del Estado, aprobados por el Congreso de la República, como son las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos de Precios y Concursos Públicos de Méritos y Adjudicaciones Directas regulados a través de Constitución, leyes y reglamentos, en supuestos distintos a las excepciones que autoriza el art. 76° de la Constitución y cuyas excepciones se encuentran reguladas en la Ley de Presupuesto taxativamente.

De igual manera se viola el art. 35° de la Ley Marco del Proceso Presupuestario para el Sector Público (Ley N° 26199) y su posterior modificación por el art. 55° de la Ley N° 26703 (Ley de Gestión Presupuestaria del Estado 231), que a la letra dice que: "La adquisición de bienes así como la contratación de servicios no personales y ejecución de obras, se efectúa previo requisito de Licitación Pública, Concurso Público de Precios o Adjudicación Directa, según los montos que para cada caso, fija la Ley Anual de Presupuesto".

Consideramos que la solución está por el lado del control de la razonabilidad<sup>232</sup> y de la proporcionalidad de la que hacíamos referencia en el capítulo anterior, pues la infinitud de casos particulares nos sugiere antes que la confección de un listado, el establecimiento de una serie de principios y criterios de análisis. La idea de fondo sería como decíamos en el caso anterior, dar los instrumentos al Estado para enfrentar cualquier situación de emergencia, pero asegurar un control del Parlamento, pronto y eficaz. También consideramos que el criterio de desviación de poder, es útil e idóneo para cuestionar esta utilización irregular de los decretos de urgencia, pues nos permite advertir con claridad como se utiliza un institución para una finalidad distinta a la del propio texto.

En este caso, el control parlamentario se hace necesario e imprescindible para asegurar transparencia en el gasto de los recursos públicos, pues como sabemos, la ausencia de licitación hace más sencillo la comisión de conductas delictivas penales. La razón de esta irregular recurrencia a leyes para exonerar al gobierno de estas normas es que constituye la única manera de respetar el principio de jerarquía. Es decir, si tenemos en cuenta que mediante la ley de presupuesto se establecieron

---

231.- Como sabemos, la Ley Marco del Proceso Presupuestario, del sector público, tiene una finalidad específica. Según su artículo 1° "La presente ley establece las normas fundamentales que rigen las distintas fases del proceso presupuestario, los criterios técnicos y los mecanismos operativos que permitan optimizar la gestión administrativa y financiera del Estado, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 77 y 58, en la parte pertinente, de la Constitución Política del Perú".

232.- Este no es un criterio extraño a nuestro ordenamiento. El Ministro de Trabajo Carlos Torres y Torres Lara señaló en momento en que era interpelado en el Congreso a propósito de los Decretos Supremos 056 y 057 que "se trata de utilizar el instrumento dentro de los límites de razonabilidad y siempre al lado del Parlamento que puede detener cualquier exceso...". Intervención del Ministro de Trabajo y Promoción Social respondiendo a la interpelación el día 20 de setiembre de 1990.



las prohibiciones de exoneración de licitación pública, será sólo mediante una ley de igual jerarquía (en sentido material) como se podrá derogar o suspender los efectos de la Ley de Presupuesto.

Efectivamente, según el art. 77° de la Constitución "La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso". Del art. 78° al art. 80° se establece el procedimiento de aprobación de leyes de presupuesto y demás normas similares a través del Congreso. Esto quiere decir que, sólo por ley parlamentaria se puede aprobar la ley de presupuesto. Una consecuencia es que, si sólo por ley parlamentaria se puede aprobar, sólo por ley se puede derogar o modificar. La recurrencia a los decretos de urgencia se explica entonces por la necesidad de hacer una excepción a la Ley de Presupuesto, y la única manera de hacerlo es a través de una norma con rango de ley como es el decreto de urgencia. Hacerlo a través de una resolución suprema por ejemplo, o un decreto supremo, sería imposible a riesgo de quebrantar más aún la estructura jerárquica de las normas, que nuestra Constitución recoge. Sólo aquel que tiene poder para crear algo, tendrá el poder para derogar. De lo contrario se podría modificar la Constitución, mediante una simple ley parlamentaria y hasta mediante un decreto de urgencia.

Por esta razón nos oponemos --y en ese sentido compartimos lo sostenido por Carlos Chipoco--, a que los decretos de urgencia exoneren de licitación pública. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que en determinadas circunstancias, sea que nos encontremos por ejemplo ante una calamidad o un hecho imprevisto, se necesite adquirir material de apoyo a los damnificados. Para estos casos, las propias leyes de presupuesto han previsto excepciones a la obligación de licitación pública.

En relación, a las únicas excepciones mencionadas por nuestra Carta Política, el art. 11 de la Ley de Presupuesto del Sector Público de 1995 (Ley N° 26404); del art. 14° de la Ley de Presupuesto del Sector Público de 1996 (Ley N° 26553) y del art. 56° de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado (Ley N° 26703), establecen en forma específica y clara que, "la exoneración a licitación Pública, Concurso Público de Precios o Concurso Público de Méritos, sólo procede en los casos siguientes: a) Cuando se declare desiertas, conforme a la normatividad correspondiente...b) Cuando por acuerdo del Consejo de Ministros se declare en situación de emergencia cualquier área o circunscripción de la República...[y] c) Cuando se trate de gastos que tengan el carácter de secreto militar y que necesiten efectuar las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional...".

Ninguno de estos tres supuestos --en donde, como hemos apreciado, está permitido y autorizado la exoneración de los procedimientos de control del gasto público-- han sido invocadas por los distintos decretos de urgencia expedidos por el Ejecutivo desde agosto de 1995 hasta la fecha. Menos aún, las razones invocada por los distintos decretos de urgencia se ajustan a los supuestos antes mencionados. Esta irregular práctica normativa, viola el art. 22° y 23° de la misma Ley de Presupuesto del Sector Público (Ley N° 26553) y del art. 55° de la Ley de Gestión Presupuestaria (Ley N° 26703), que establece explícitamente la PROHIBICIÓN de realizar una serie de operaciones económicas con dinero del Estado fuera de lo estipulado con anterioridad el las normas Presupuestarias.



En nuestra opinión, el gobierno debe utilizar el camino de las excepciones a la obligación de recurrir a la licitación pública que la propia ley de presupuesto contiene, antes que recurrir a los decretos de urgencia, pues no sólo viola al Constitución al modificar la ley de Presupuesto por una norma distinta a la que la ley señala para hacerlo, sino porque, además, el contenido de los decretos de urgencia no es el de una ley sino el de una resolución administrativa trastocando toda la estructura del sistema jurídico.

5.3.5.2.3.7. El autor del decreto de urgencia debe ser ajeno a las circunstancias que lo hacen imprescindible

Este es un requisito que ha sido trabajado en la doctrina argentina y consiste en que, el autor material del decreto de urgencia, debe ser totalmente ajeno a las causas de la parálisis institucional que caracteriza la crisis económica, que sirve de fundamento a la causal de justificación jurídico política del estado de urgencia<sup>233</sup>.

Bielsa también se pronuncia en este mismo sentido, cuando señala que "*la necesidad es grave y manifiesta, y extraña a la conducta de la autoridad que invoca el hecho necesitado como justificación de sus actos*"<sup>234</sup>. En esa misma línea, un autor de nombre Acuña Anzorena --citado por Pérez Hualde--, sostiene que el acto realizado en estado de necesidad "*supone ausencia de culpa en el autor del daño, vale decir, que no haya sido por su imprudencia o negligencia que surgió la amenaza que le obligó a accionar*"<sup>235</sup>.

Un ejemplo en nuestra práctica constitucional de esto, lo constituye aquellos decretos de urgencia que subsanan errores o vacíos de decretos de urgencia anteriores. Como señala Carlos Chipoco en su dictamen, "*Creemos, que en buena parte de los decretos de urgencia, nos encontramos ante situaciones no normadas en su oportunidad, por negligencia o falta de capacidad, de previsión y anticipación del Ejecutivo, las mismas que pretenderían ser reguladas por la vía de los decretos de urgencia(...)*"<sup>236</sup>. Tenemos por ejemplo, el caso del D.U. N° 022-96 del 20 de abril de 1996 que "*Modifican artículo del D.U. N° 11-96, mediante el cual se autorizó a CENTROMIN PERÚ para que transfiera el Fundo de Casaracra en favor de universidades nacionales*". Como señala Carlos Chipoco en su dictamen, "*este decreto es la repetición del D.U. N° 011-96, el mismo que autorizaba "al CENTROMIN PERÚ S.A. para que transfiera directamente el Fundo Casaracra en favor de universidades nacionales*". Como se puede ver, esto evidencia una vez más una grave improvisación y negligencia de parte de algunos funcionarios públicos"<sup>237</sup>.

---

233.- Pérez Hualde, op. cit., pág. 125.

234.- Rafael Bielsa, El Estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1957, pág. 77. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 126.

235.- Acuña Anzorena, El estado de necesidad en el derecho civil, en: Estudios sobre la responsabilidad civil, Platense la Plata, 1963, pág. 136. Citado por Pérez Hualde, op. cit., pág. 126.

236.- Dictamen de Carlos Chipoco, op. cit., pág. 114.

237.- Dictamen de Carlos Chipoco, op. cit., pág. 50.

En relación con el autor material del decreto de urgencia, este es el titular del Poder Ejecutivo (y todos los funcionarios que trabajan en los diferentes sectores de él), con acuerdo de ministros y con su jefe de gabinete, en nuestro país el Presidente del Consejo de Ministros.

No negamos tampoco, que se podría por interpretación de nociones como la situación extraordinaria y sobre todo del requisito de la imprevisibilidad del supuesto habilitante que señala el art. 91º del Reglamento, arribar a esta noción. En todo caso, este es un requisito que brota del razonamiento lógico y jurídico, y muy bien podría ser acogido por los jueces y los mismos parlamentarios. Una manera de suscitar su incorporación como criterio de evaluación de los decretos de urgencia sea que nos encontremos ante un control político o un control jurídico, sería por vía legislativa, a través de una modificación del Reglamento del Congreso.

#### 5.3.5.2.3.8. Los decretos de urgencia no pueden modificar la Ley de Presupuesto

Tal como vimos en el segundo capítulo, la aprobación del Presupuesto junto con los impuestos por el Parlamento ha sido considerada históricamente como el acto de control del Parlamento más importante sobre la actividad del Gobierno. En ese sentido, autorizar al Poder Ejecutivo para lo que lo modifique a través de los decretos de urgencia implicaría desnaturalizar y mutilar de una de sus principales funciones a la representación nacional.

Efectivamente, si mediante decretos de urgencia elaborados por el Poder Ejecutivo pudieran aprobarse la Ley de Presupuesto, o una parte de ella, la importantísima función de control que corresponde a los Parlamentos modernos quedaría privada totalmente de contenido, sin que sirviera de paliativo alguno la intervención a posteriori del Congreso en orden a la ratificación de aquel<sup>238</sup>.

Además de esta razón de naturaleza más doctrinaria e histórica, la aprobación del presupuesto sólo puede hacerse a través de un proceso especial que está debidamente regulado en los artículos 78º, 79º y 80º de la Constitución Política. En consecuencia, mal se haría intentándose modificarse por un mecanismo distinto al que se utilizó para su aprobación. En otras palabras, sólo puede ser derogada o modificada una norma por el mismo procedimiento y por el mismo órgano que la aprobó.

Sin embargo, nuestra legislación aceptó que el Poder Ejecutivo podría modificar la Ley de Presupuesto mediante decretos de urgencia. Tal fue el caso de la Ley 25397 (La Ley de control de los actos normativos del Presidente de la República antes comentada).

*"Artículo 4.- Los Decretos Supremos Extraordinarios tienen vigencia temporal, expresamente señalada en su texto, por no más de 6 meses y pueden suspender los efectos de la ley cuando sea necesario dictar*

---

238.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 299, pág. 299.

*medidas económicas y financieras sobre los siguientes aspectos:*

*a) Reestructurar los gastos del Gobierno Central y las empresas del Estado, establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, siempre que las disposiciones presupuestarias impidan la aplicación de las medidas extraordinarias; (...)"*

Mucho antes incluso, el proyecto de ley sustitutorio, a propósito de los proyectos de Alberto Borea y Joffre Fernández ya comentados, también admitía esta posibilidad:

*"Artículo 3º.- Los Decretos Presidenciales de Urgencia tienen el carácter de extraordinarios y provisionales, por medio de ellos se puede:*  
*a). Modificar la Ley Anual de Presupuesto y dictar excepciones sobre contratación con fondos públicos, siempre que en ambos casos se trate de atender situaciones de emergencia económica, urgencia y especial gravedad (...)"*

Sin embargo, no podemos dejar de admitir que los fondos públicos son un importante instrumento para atender las situaciones extraordinarias y urgentes, sobre todo cuando estamos hablando de desastres, naturales, de considerables proporciones, como el Fenómeno del Niño por ejemplo, donde importantes sectores de la oposición exigieron reestructurar la Ley de Presupuesto para atender a todos los damnificados. En todo caso, consideramos que la única manera de conciliar la necesidad de responder en forma rápida y urgente determinadas situaciones imprevisibles y urgentes, con la necesidad de que el Poder Ejecutivo no burle al Congreso en su función constitucional de aprobar el presupuesto, está por el lado del carácter transitorio y provisional de los decretos de urgencia, con el respectivo control parlamentario posterior. Esto significa que, el decreto jamás va a modificar y derogar la Ley de Presupuesto sino, suspender en forma transitoria los efectos de la ley de Presupuesto, hasta que el Congreso se pronuncie legislativamente.

Sin embargo, dado que nuestra Constitución y el Reglamento del Congreso no ha establecido en forma clara e inequívoca la naturaleza transitoria y provisional de los decretos de urgencia, y ante el peligro que el Poder Ejecutivo siga convirtiéndose en un Poder Legislativo paralelo y autónomo, debería restringirse la modificación de la Ley de Presupuesto a través de los decretos de urgencia, tal como lo hizo la Ley 25397.

#### 5.3.5.2.3.9. Los decretos de urgencia no pueden modificar leyes orgánicas.

Un límite a la expedición de los decretos de urgencia lo constituye las leyes orgánicas, dado que el constituyente ha establecido un procedimiento especial



(votación calificada) más exigente para la aprobación de este tipo de normas<sup>239</sup> en el art. 106 de nuestra Primera Carta Política.

*"Artículo 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.*

*Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".*

Como señala el artículo 106 de la Constitución, las leyes orgánicas son normas que "regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución". La importancia de estas normas se evidencia con la votación calificada que la Carta Política exige para la aprobación de la misma. La intención no es otra que evitar que este tipo de normas esté modificándose constantemente, sino sólo cuando exista un cierto consenso (que se expresará en la votación), no tan rígida como para modificar la Constitución ni tan fácil como para aprobar una ley ordinaria.

No debemos olvidar que las leyes orgánicas deben entenderse de la convergencia de dos aspectos, uno material y otro formal. En efecto, las leyes orgánicas son leyes para una reserva acotada de materias (son "ley material" podríamos decir con mayor rigor técnico) y son a la vez, leyes sometidas en su aprobación a un procedimiento singular y específico<sup>240</sup>.

Detrás de esta mayor dificultad para modificar se encuentra un criterio de rigidez normativa, que busca darle un poco de estabilidad y permanencia a las normas, y así crear una cierta estabilidad jurídica, razón por la cual se suele otorgar esta condición a aquellas normas que regulan y desarrollan las instituciones básicas del Estado. Efectivamente, la exigencia para la aprobación de una ley orgánica, de una mayoría absoluta responde a la necesidad de prolongar el consenso sobre ciertas materias que quedaron abiertas en el proceso constituyente y, además, dicha mayoría supone un reconocimiento de una determinada relación de fuerzas políticas<sup>241</sup>. En todo caso debemos de tener presente, que ninguna ley

---

239.- Un caso similar ocurre en la Constitución con los decretos legislativo. Según el artículo 104° " No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente", y mas adelante el art. 101° numeral 4 señala que Son atribuciones de la Comisión Permanente: "Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República. Las demás que le asigna la Constitución y las que le señala el Reglamento del Congreso".

240.- José F. Chofre Sirvent, ¿Significado y función de las leyes orgánicas?, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 300.

241.- *Ibidem*, pág. 318.



orgánica ha sido "impuesta" al resto de las fuerzas políticas y a la sociedad por la exclusiva voluntad de un solo partido político<sup>242</sup>.

La Constitución Española, aunque sin la claridad necesaria, también recoge en su art. 86.1 una prohibición para regular lo que denomina más que leyes orgánicas, *instituciones básicas del Estado*. Ciertamente, las instituciones básicas del Estado no se identifica totalmente con el concepto de leyes orgánicas en la legislación española<sup>243</sup>, pues las instituciones básicas constituyen sólo un elemento de la noción de ley orgánicas tal como lo entiende el propio art. 81.1 ° de la Constitución Española.

*"Artículo 86*

*(...)1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que toman la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general".*

*"Artículo 81.*

*1.- Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los derechos Estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución (...)"*

Las restricciones contenidas en el art. 86° de la Constitución Española quisieron ser introducidas en nuestra legislación, sin mucho éxito. Tenemos el art. 3° del proyecto presentado por Joffre Fernández y el art. 4° del proyecto sustitutorio evacuado por la Comisión de Constitución, Reglamento y Leyes Orgánicas:

*"Artículo 4°. Son nulas las disposiciones de los Decretos Presidenciales de Urgencia que regulan materias relativas a los derechos fundamentales de la persona, el estatuto e independencia de los órganos del Estado, los privilegios y prerrogativas parlamentarias, la ley electoral, los regímenes que afectan a los partidos políticos legalmente reconocidos y el de la organización, atribuciones y administración de los gobiernos regionales y locales (...)"*

Se aprecia pues, que los supuestos de las leyes orgánicas y de los decretos de urgencia, son totalmente distintos. Existe en todo caso, la voluntad de sacar del

---

242 .- Ibídem, pág. 323.

243.- Ibídem, pág. 255. "Del cotejo de estos dos conceptos constitucionales podemos apreciar la similitud existente entre ambos, y, al mismo tiempo, las diferencias que los delimitan. Cuando el legislador utiliza expresiones distintas hay que suponer que se está refiriendo a realidades distintas".

ámbito de los decretos de urgencia, las leyes orgánicas. En todo caso, no debemos olvidar que, el campo propio y específico de los decretos de urgencia sea, el campo de una ley ordinaria, y como sabemos, no se puede a través de una ley ordinaria, modificar o derogar materia de una ley orgánica.

Sin embargo, una situación extraordinaria, es una situación, anómala, de disfuncionalidad, donde, el sistema se encuentra imposibilitado de funcionar normal y regularmente. Aquí tendremos que decir que la única manera de conciliar la voluntad del constituyente y la necesidad de responder ante una situación extraordinaria es a través de la naturaleza transitoria de los decretos de urgencia. El problema aquí al igual que para el caso de la posibilidad de modificar la Ley de Presupuesto a través de los decretos de urgencia, es que la naturaleza transitoria no ha sido reconocida en forma expresa y clara, tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso de la República. Sin embargo, si reparamos que el Poder Ejecutivo se ha convertido en un Poder legislativo paralelo, que legisla más rápido y sin las formalidades propias del procedimiento legislativo, más aún cuando nuestro Reglamento ha acogido el silencio legislativo positivo en el art. 91º, tendremos que convenir, que ante esta situación, y con un sentido más pragmático y de responsabilidad política, que mientras no se reconozca en forma clara e inequívoca la naturaleza transitoria de los decretos de urgencia con un plazo de caducidad, se debería de prohibir que este tipo de normas estén referidos a leyes orgánica.

#### 5.3.5.2.3.10. La inadecuación sobrevenida de los decretos de urgencia

La posibilidad de derogar un decreto de urgencia, por inadecuación sobrevenida, ha sido analizada en el capítulo anterior, razón por la cual, no abundaremos mucho en el tema. Baste con decir, que este supuesto no se encuentra legislado, pero se puede llegar a él por lógica y análisis de la naturaleza misma tanto de la institución de los decretos de urgencia, como del control posterior. Esto en todo caso puede ser introducido a través de una modificación del reglamento del Congreso, o a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La inadecuación sobrevenida, no es totalmente ajena a nuestra práctica constitucional. El art. 21º del proyecto de Joffre Fernández y el art. 10º del proyecto sustitutorio contenido en el dictamen correspondiente ya lo recogían.

*"Artículo 10º.- Los Decretos Presidenciales de Urgencia no convalidados dejan de tener vigencia por: (...)  
e. Extinción de las circunstancias de necesidad que afectaron o amenazaron el interés nacional cuya aparición motivara las medidas extraordinarias dictadas".*

En todo caso, desde la perspectiva del control político, no hay mayor dificultad para asumir este criterio.

#### **5.4. El control parlamentario de los decretos de urgencia secretos**

Finalmente, tenemos el caso de los decretos de urgencia secretos. Estos se caracterizan por no ser publicados en el diario oficial "El Peruano", no obstante lo cual, surten efectos legales. Se les descubre cuando se advierte la falta de su

publicación luego de que es publicado el decreto de urgencia siguiente de acuerdo a la numeración que estos tienen. El móvil principal entonces, para la recurrencia a este tipo de normas no es otro que la voluntad de mantener en secreto, fuera del alcance de la opinión pública cierta información

Como cuestión previa, se hace necesario distinguir, entre la necesaria publicidad de toda ley, y la necesidad de la publicidad de la actividad de los órganos del Estado. En el primer caso, por que la publicidad es una condición para la vigencia de las leyes, y en el segundo caso, porque las cosas públicas que a todos nos interesan en principio, deben ser conocidas por todos. Si se quiere estas son las dos dimensiones de la publicidad, en cuestión.

Desde agosto de 1995 hasta marzo de 1998, el gobierno ha expedido once decretos de urgencia secretos, de los cuales sólo cuatro han sido conocidos por la Comisión de Constitución del Congreso en sesión secreta. El resto, hasta la fecha, son totalmente desconocidos por la representación nacional (D.U. N° 028-96, 035-96, 075-96, 091-96, 005-97, 021-97 y 060-97). Esto constituye una violación no sólo de la Constitución, sino del propio Reglamento del Congreso de la República.

Este tema ha merecido opiniones encontradas. Tenemos por ejemplo, a Jorge Trelles miembro y dirigente de la mayoría parlamentaria, quien ha planteado la teoría de "la publicación en sentido material". Según este congresista,

*"no hay nada secreto en el mundo del Derecho. Pero si cabe normas que sean legítimas, que rijan y que no por eso tengan que ser publicadas, porque deben publicarse solamente las normas en sentido material, es decir, aquellas que hacen a una cantidad de sujetos, pero cantidad de normas en sentido formal, no lo son en sentido material puesto que afectan a un solo sujeto en su relación con el Estado; y en ese caso, pueden ser perfectamente válidas esas normas sin necesidad de sean publicadas. De tal forma que, si creo que en principio caben decretos de urgencia que sino se refieren a situaciones generales o a un grupo de individuos pueden perfectamente ser dados sin necesidad de ser publicados, pero todo esos son materias complicadas y que si creo deben ser -digamos—miradas con un poco de más atención"*<sup>244</sup>.

En otra oportunidad expresó que:

*"(...)no es cierto que toda norma deba ser publicada, las leyes en un sentido material deben ser publicadas porque no se le puede exigir a ningún ciudadano que cumpla con normas que no conoce. Pero obviamente que hay muchos actos administrativos que formalmente, pueden ser resoluciones o decretos, que si*

---

244.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995, pág. 22.



*no son de carácter general y le hacen más bien a cuestiones particulares pueden no ser publicadas*"<sup>245</sup>.

Trelles olvida que, el decreto de urgencia puede ser formalmente una norma administrativa, pero desde que la Constitución que señala que tiene rango de ley, deja de ser una norma administrativa, y asume la naturaleza de una norma con rango de ley.

Este congresista, al parecer olvida que la regla general establecida en el art. 51º de la Constitución --que señala que, "La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado"--, no admite excepciones. Por otro lado, el argumento de la afectación de una pluralidad de sujetos, como la condición para la publicación de una medida, no es otro que la generalidad que debe tener toda ley, y generalidad no lo es la compra de armas o pertrechos militares, ni la compra de un avión, que son actos administrativos, que se expresan a través de resoluciones. Existe pues una contradicción en lo señalado por Trelles, pues por un lado exige tácitamente la generalidad a los decretos, y luego olvida que este tipo de medidas son el fondo actos administrativos de contenido particular.

*"Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".*

*"Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".*

En efecto, a primera vista, se puede aceptar la posibilidad de que existan decretos de urgencia secretos, justificados en la necesidad de guardar reserva sobre algunos aspectos, vinculados con la seguridad nacional, sin embargo, si uno revisa bien el problema, uno concluye que no tiene fundamento jurídico la existencia de los decretos de urgencia. Las compras de armas, o la compra de un avión, no tiene contenido normativo, es decir, no constituye una norma general, impersonal y abstracta, sino contenido en los hechos de una resolución administrativa, de naturaleza particular, tal como ya fue explicado. Para estos casos, debería de considerarse en el Presupuesto un rubro para este tipo de gastos, con mecanismos de control a cargo de la Contraloría General de la República, con las reservas del caso, sin necesidad de estar recurriendo a través de los decretos de urgencia, y avisando que hay una norma secreta. De esta manera, con la suficiente previsión en el Presupuesto, este tipo de operaciones se podrían realizar a través de normas administrativas, y ya no a través de decretos de urgencia, única posibilidad de modificar con una norma de rango de ley (decreto de urgencia) otra norma formal y materialmente ley como es la Ley de Presupuesto.

---

245.- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 7.



Tampoco podemos aceptar la existencia de decretos de urgencia, porque toda norma con rango de ley es impersonal y abstracta, es decir, no está hecha para un caso concreto, sino para una generalidad de casos. En ese sentido, aún cuando aceptáramos como hipótesis que podrían existir decretos de urgencia secretos con contenido de ley (general, impersonal y abstracto) y no contenido de resolución, pronto tendríamos que descartar esta hipótesis, porque es un **contrasentido querer ocultar una norma general, impersonal y abstracta, es decir, una norma que no está hecha para ningún caso concreto y específico, sino para una generalidad de casos.** El problema de fondo, es el que señalamos en capítulos pasados, y es que los decretos de urgencia, están referidos a actos administrativos.

**El problema no es el secreto de cierta información comprometida con la seguridad y defensa nacional, sino, que los decretos de urgencia no resultan un instrumento eficaz para esa finalidad.** Efectivamente, nadie duda de la necesidad de mantener en secreto alguna información por motivos de seguridad nacional. Como sostiene Carlos Chipoco:

*"es indudable que todos los Estados, para protegerse de sus posibles enemigos externos, así como de la delincuencia común o terrorista debe mantener cierta información secreta, se trata de información sobre, por ejemplo, compras de armamento, operaciones militares y/o policiales, número y composición de los efectivos armados, rutas de movilización, planes contingentes frente a ataques armados, tratados internacionales de cooperación militar, e incluso información de inteligencia y contrainteligencia"*<sup>246</sup>.

Esta información "clasificada" debe ser protegida, que duda cabe, el problema es si el decreto de urgencia es idóneo para ello. El sólo hecho por ejemplo, de discutir en la Comisión de Constitución del Congreso, la posibilidad de convocar al Ministro de Defensa para que informe sobre un decretos de urgencia<sup>247</sup>, unido a la no-publicación, constituyen actos que afectan si es no amenazan la reserva y el

---

246.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, pág. 36.

247.- Sobre este punto revisar las declaraciones del Presidente de la Comisión de Constitución, Carlos Torres y Torres, quien dirigía una votación con las siguientes palabras: "Los señores congresistas que consideren conveniente invitar para el efecto al Ministro de Defensa, sírvanse manifestarlo levantando la mano". En esa misma sesión, Fernando Olivera expuso a continuación que "En realidad hemos ido a una votación, señor Presidente, en donde, no conocemos el contenido de esos decretos supremos, y presumimos que tiene que ver con la defensa nacional. La presunción tiene algún fundamento, pero lo lógico, señor Presidente, es que el primer invitado que debería ser es el Presidente del Consejo de Ministros, porque es el responsable de toda la política general del gabinete, y lo que se puede presumir es que también venga el Ministro de Defensa y el Ministro de Relaciones Exteriores". Ver: Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995, pág. 17.

secreto que en teoría debiera tener un decreto de urgencia, pues sugieren el contenido de dichas normas.

El problema no es, la existencia de materias y actos secretos, esto está aceptado en todos los países. Como señala la exposición de motivos de la Ley de Secretos Oficiales de España<sup>248</sup>:

*"si la publicidad ha de ser característica de la actuación de los Órganos del Estado, es innegable la necesidad de imponer limitaciones, cuando precisamente de esa publicidad puede derivarse perjuicio para la causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional".*

La solución podría estar, por el lado de la legislar en el Congreso, sobre otros mecanismos de, protección y a la vez fiscalización de los secretos oficiales, evitando que esto se convierta en un mecanismo para eludir el control y la fiscalización, sobre todo si de por medio, existe uso del tesoro público. Y en ese sentido, habría que, siguiendo en esto a la legislación española, crear mecanismos para que sea el poder político, y no lo las fuerzas armadas, las que definan, que cosa es secreto oficial y que no, pero siempre, con la posibilidad de que el Congreso pueda conocer estos temas, con las debidas garantías, tal como lo señala el artículo 10 parte dos de la ley de secretos oficiales española:

*"Artículo Diez*

*Dos. La declaración de "materias clasificadas" no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas".*

En todo caso, de aceptarse la existencia de decretos de urgencia secretos, y la concurrencia de algún representante del Poder Ejecutivo, debería de invitarse al Presidente del Consejo de Ministros, que es el responsable de la política general del gabinete para que informe, para que explique, y no al Ministro de Defensa, lo que significaría, sugerir el tema de la norma en cuestión .

En conclusión, desde una perspectiva doctrinal, constitucional y reglamentaria no debería aceptarse los decretos de urgencia secretos. Aceptar la tesis contraria, con la cual disintimos, que es la tesis que tiene mayoría en el Congreso y en el Poder Ejecutivo, supone superar una serie de escollos y problemas.

Un primera solución al problema, para conciliar la Constitución con los decretos de urgencia secretos, consiste en la diferenciación entre el publicar en el diario oficial la promulgación y entrada en vigor de un decreto, sin dar a conocer el contenido específico del decreto, y el dar a conocer al público del contenido del decreto de urgencia secreto. La solución estaría entonces, por el lado de interpretar la Constitución, en el primer sentido. Esta solución no sólo es

---

<sup>248</sup>.- Ley 9/1968, de 5 de abril (B.O.E. Núm. 84, de 6 de abril de 1968), Modificada por Ley 48/78, de 7 de Octubre (B.O.E. , Núm. 243)

"artificiosa" sino vulnera el contenido esencial del precepto constitucional, pues la voluntad y la finalidad del precepto constitucional es otra.

Otra posibilidad, y creo que es más coherente, pasa por reformar la Constitución, el Reglamento del Congreso y la Ley de Presupuesto, pues estos cuerpos normativos guardan silencio sobre estos decretos, dejando la puerta abierta para excesos y arbitrariedades. En efecto, de no existir algún tipo de control, el Congreso podrá utilizar esta modalidad de decretos para evitar el control del Congreso, y en materias que no tienen nada que ver con la seguridad nacional, como por ejemplo la compra del avión presidencial<sup>249</sup>. Otro problema es el del control parlamentario de los decretos de urgencia secretos. La pregunta entonces es, "¿hasta qué punto el Congreso debe tener acceso a las materias clasificadas como secretas, reservadas o confidenciales, con el marco legislativo normativo vigente?. Si partimos de la premisa de que el Congreso es el órgano más idóneo para cumplir la función de representación nacional, como consecuencia de ser expresión de la soberanía popular, es indudable que ningún acto puede escapar al conocimiento y control del Poder Legislativo, del cuerpo político que representa al conjunto de la comunidad peruana. Tal y como lo ha señalado el art. 10, parte Dos de la ley española antes mencionada: "disponer el acceso del Congreso de los Diputados y del Senado a cuanta información reclamen en relación con materias clasificadas, en la forma que determinen sus respectivos reglamentos"<sup>250</sup>.

El congresista Carlos Chipoco sostiene que los representantes tienen de acuerdo al artículo 96 de la Carta Política, la facultad de solicitar "los informes que estime conveniente", derecho que, en la Constitución no tiene sino las limitaciones que pudieran existir en el Reglamento. Así, el mismo artículo señala que "el pedido se hace por escrito y de acuerdo con el Reglamento del Congreso". Es importante hacer notar que no se dice de acuerdo a ley, sino de acuerdo a lo que estipula el Reglamento, en cualquier caso, como lo expresa la propia Carta Política el Reglamento tiene fuerza de ley. Sin embargo, en el Reglamento no existe ninguna disposición referida a limitar el conocimiento de los representantes en cuanto a la información clasificada o secreta a la que pudieran acceder. Existe acá un vacío legal, que debe cubrirse a la brevedad posible. La opción que sobre las materias clasificadas ha asumido diversos sistemas, es que ellos sean solo conocidos por miembros de algunas comisiones especiales, lo que conlleva una responsabilidad mayor del representante que la compone y, por contraprestación, una posibilidad de sanción mayor si es que se rompe el secreto de dichas informaciones clasificadas. La Ley de Secretos Oficiales de España<sup>251</sup> señala que el acceso de las Cámara a cuanta información reclamen sobre las materias clasificadas se

---

249.- Como por ejemplo el D.U. N° 046-95. SECRETO. Sobre la compra de avión Boeing 737-500 para uso de la Presidencia de la República.

250.- Artículo 10, parte Dos de la Ley Española de Secretos Oficiales. Ley 9/1968, de 5 de abril (B.O.E. Núm. 84, de 6 de abril de 1968), Modificada por Ley 48/78, de 7 de Octubre (B.O.E. , Núm. 243)

251.- Ley 9/1968, de 5 de abril (B.O.E. Núm. 84, de 6 de abril de 1968), Modificada por Ley 48/78, de 7 de Octubre (B.O.E. , Núm. 243)



articulada "en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas".

La práctica parlamentaria ha resuelto este problema mediante la utilización del artículo 51 del Reglamento, el mismo que dispone que: *"Las sesiones son públicas, sin embargo, el Presidente del Congreso puede ordenar que se pase a sesión secreta, para tratar asuntos que puedan afectar los asuntos de seguridad nacional y orden interno que lo requieran. Lo tratado en sesión secreta no puede ser revelado ninguna circunstancia, salvo el acuerdo final del Pleno si lo considera necesario"*. Carlos Chipoco nos señala con acierto que, no todas las materias pueden o deben tratarse en el Pleno del Congreso, aun cuando se trate de sesiones secretas. Dado que el Reglamento del Congreso no prescribe ninguna limitación parece se debe entender que los parlamentarios pueden en forma individual, o a través de las respectivas comisiones, conocer de materias clasificadas<sup>252</sup>.

En el caso de los Decretos de Urgencia de carácter secreto, aprobados y promulgados directamente por el ejecutivo, ellos tienen carácter de ley, en la medida que realizan modificaciones presupuestales y/o requieren el rango de ley para ser eficaces jurídicamente. Nos encontramos sin embargo ante el problema de que la Constitución, reclama para vigencia de las normas su publicidad. Sin publicidad no es posible la oponibilidad. Esta publicidad constituye una garantía constitucional de todos los ciudadanos, pues la ciudadanía debe saber cuales son las normas que debe cumplir y la naturaleza misma de las normas jurídicas en una democracia obligan a la transparencia. Como salvar la publicidad y la necesidad de que el contenido de la norma sea mantenida como secreta. La fórmula que optamos es que, luego de ser informada la Subcomisión de Constitución para el conocimiento de los decretos de urgencia y decretos legislativos, sea publicada exclusivamente con la información de "Norma Secreta, bajo conocimiento de la Comisión del Congreso respectiva, de acuerdo al artículo.... del Reglamento". Ello resolvería la contradicción aparente entre secreto y control político.

Como se ha mencionado en anteriores oportunidades, el Congreso, por su jerarquía Constitucional y por el juramento de reserva de los congresistas, tiene el derecho de conocer cualquier norma secreta emitida por el Estado. Es necesario que la Comisión de Constitución examine los nuevos Decretos de Urgencia y Decretos Legislativos emitidos por el Ejecutivo.

En definitiva, jamás debemos olvidar que estamos ante una norma que no debe existir, pues atenta contra preceptos y principios constitucionales fundamentales.

## **5.5. Algunas otras causas de la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia**

### **5.5.1. El Gobierno cuenta con más recursos, instrumentos y asesoría técnica que el Parlamento**

El Gobierno cuenta con más recursos económicos, infraestructura, servicios técnicos y sobre todo acceso a información que es indispensable y necesaria a la hora de hacer seguimiento y control sobre la actividad del gobierno, en aspectos

---

252.- Dictamen de Carlos Chipoco, *op. cit.*, pág. 36-37.



tan complejos como los gastos públicos<sup>253</sup>, materia tributaria, servicio de la deuda externa, etc. Aún cuando se han hecho esfuerzos notables en el caso del Congreso del Perú, el Gobierno sigue contando con una ventaja sobre el Congreso, ventaja que se acrecienta cuando el Congreso no cuenta con esa información. Son usuales y hasta sistemáticos los casos donde, no obstante haberse solicitado la información con la debida anticipación, se restringe o en otros casos demora la información requerida por los representantes.

En efecto, el acto de control requiere en los hechos ciertos requisitos para su realización, como contar con un acceso a la información, lo que a su vez supone la publicidad del acto controlado. Esta etapa cognoscitiva, vital no siempre puede lograrse plenamente. Además, el congreso no posee ni personal ni medios técnicos para revisar e inspeccionar el cúmulo de datos, informes, instrumentos y materiales que debe examinar en su función evaluatoria y de fiscalización, mientras que el Poder Ejecutivo si cuenta con un aparato *tecnoburocrático* mucho más amplio y entrenado, normalmente<sup>254</sup>. Se produce así lo que André Hauriou denomina "la inhibición de los censores ante la tecnoburocracia"<sup>255</sup>. Esto es, "las decisiones de la "tecnoburocracia" no pueden ser controladas por nadie (hombre y organismo) exterior a la "tecnoestructura", pues, por hipótesis, cualquiera otra instancia, aunque totalice un potencial intelectual idéntico, no puede disfrutar de la misma información"<sup>256</sup>.

*"El gobierno goza tradicionalmente del apoyo de los expertos y de los técnicos de la burocracia. El parlamentario de base, que desea controlar la acción gubernamental, se encuentra de hecho en la misma posición que un artesano ante los representantes de una poderosa empresa industrial, incapaz, la mayoría la mayoría de las veces, de responder a las afirmaciones, a los datos, y a las cifras que son suministradas por el gobierno"<sup>257</sup>.*

Sobre el particular el profesor italiano Sole Tura señala que "No existe ninguna infraestructura ni ninguna superestructura en el Parlamento que nos permita estar

---

253.- Gregorio Peces Barba: El papel del Parlamento en la democracia española, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 16.

254.- Sagües, Néstor Pedro. Formas de gobierno: aproximaciones a una teoría....., pág. 77. Para Sachica, "La tecnoburocracia, el cientificismo pretenden sustraer no sólo del control democrático, del control político, sino también de controles de legalidad las decisiones que exigen especiales estudios, cálculos e información sofisticados, alejando así al pueblo del poder, marginándolo, impidiéndole participar en resoluciones que lo afectan". Luis Carlos Sachica, El control de constitucionalidad y sus mecanismos, 3 edición, Editorial Temis, Bogotá 1988, pág. 31.

255.- Hauriou, André. Derecho Constitucional e instituciones políticas, traducida por A. González Casanova, Editorial Ariel, 1971, pág. 679.

256.- Ibídem.

257.- Hauriou citado por Javier Valle Riestra, Facultades Delegadas. Indemnización a la oligarquía. Discursos Parlamentarios, Editora Atlantida, Lima, 1980, pág. 25.

informados de lo que ocurre en el país, como no sea la lectura cotidiana de la prensa y lo que nos pueda llegar a través de los propios partidos políticos, que también tienen sus grandes problemas de información<sup>258</sup>. En todo caso, lo que queda claro es que no se tiene información global de manera autónoma<sup>259</sup>.

#### 5.5.2. El Congreso antes que legislar y controlar al Gobierno quiere gobernar a su lado

Una interesante explicación de la crisis del parlamento es también la que plantea Giovanni Sartori. Para este autor, el problema de los Parlamentos es que *antes que legislar los Parlamentos intentan gobernar*, mejor dicho cogobernar. Efectivamente, el desarrollo asambleario de los sistemas liberales - democráticos ha desplazado gradualmente el acento de la función de control a una función que Sartori<sup>260</sup> denomina de distinta forma "gobernante", o de "sentido" o de "dirección política"; de todos modos una función que debería ser directiva y propulsora, no sólo de control.

Esto significa que el Congreso está más preocupado en gobernar al lado del Poder Ejecutivo que controlar efectivamente a este último. Si se quiere el Congreso padecería una suerte de crisis de identidad, una crisis acerca de su función específica, y de los intereses que tiene que encarnar y defender, los del electorado o los del gobierno (Poder Ejecutivo).

Para Sartori este problema hunde sus raíces en los orígenes históricos de la institución Parlamentaria. Según este autor, la ubicación del parlamento dentro del sistema ha cambiado radicalmente. En su primera fase, el parlamento se encuentra situado en el exterior del Estado, y con la precisa función de primar sobre éste desde el exterior. Pero a medida que crece el poder del parlamento, también el órgano representativo avanza. Con el paso del tiempo, el parlamento se transforma gradualmente de un órgano externo en un órgano interno del Estado<sup>261</sup>. En un primer momento el papel de los Parlamentos era claro e inequívoco: este condiciona el poder votando los impuestos y aprobando las leyes, pero no gobierna. Sin embargo, posteriormente, según Sartori, el papel del parlamento se hace, poco a poco, cada vez menos claro y cada vez menos unívoco. A partir de este punto, el parlamento se transforma cada vez más, inevitablemente, en un órgano bifronte que debe ser muy diestro en una posición de equilibrio nada fácil. Los parlamentos deben representar siempre a los representados, de acuerdo; pero también deben representar y tutelar las exigencias del Estado. Se debe identificar con los gobernados, de acuerdo; pero se deben identificar también con las necesidades del gobierno<sup>262</sup>. Se convierten, así, en el portavoz del país ante el Estado; pero

---

258.- Sóle Tura, Jordi y Miguel Angel Aparicio. Democracia y eficacia en las Cortes españolas de la transición. En: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 98.

259.- *Ibidem*.

260.- Giovanni Sartori: Elementos de teoría política, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 187.

261.- Giovanni Sartori: *op. cit.*, p. 190.

262.- Giovanni Sartori: *op. cit.*, p. 191. Según este autor, "Los primeros parlamentos trataban con el Estado para la defensa de los intereses de los contribuyentes; nuestros

después debe dar media vuelta y funcionar como portavoz del Estado ante el país. En esencia ha sucedido lo siguiente: una vez que se ha echado el puente entre gobernantes y gobernados, los parlamentarios lo han atravesado completamente, moviéndose inicialmente desde una situación de asambleas de representantes acreditados ante el soberano, a la situación de órgano interno del Estado<sup>263</sup>.

Esto es precisamente lo que sucede con el Parlamento en nuestro país con la mayoría parlamentaria vinculada partidariamente u organizativamente al gobierno. Estos se encuentran más cerca de sus partidarios instalados en el Gobierno que de sus electores o votantes. Quizá esto sucede, porque existen más mecanismos institucionalizados --no necesariamente jurídicos-- de control por parte del Gobierno, a través del partido o la agrupación política en la que los miembros del Gobierno y los del Congreso participan y pertenecen, que de los electores a través de mecanismos como pueden ser la revocatoria de autoridades y la renovación por tercios de los miembros del Congreso.

Esto supone que el acento del trabajo del parlamento no se pone en el control función original del Congreso sino en la función legislativa, que a su vez es interpretada y entendida como cogobernar a través de la expedición de leyes. Así, el Congreso se convierte en una máquina voraz de hacer leyes<sup>264</sup>. Sartori señala que esta confusión o no-diferenciación entre funciones y atribuciones entre el gobierno y el Parlamento, deriva en extrañas mezclas de ideas: sobre todo la extraña y confusa idea de que gobernar equivale, "grosso modo", a legislar. Desde el punto de vista legislativo, ello significa que el parlamento se atribuye el derecho y el deber de legislar sobre una enorme cantidad de procedimientos de naturaleza particular, administrativa o meramente reglamentaria. Desde el punto de vista del ejecutivo, ello significa que el gobierno se siente obligado a gobernar legislando, es decir, a hacer ejecutivas sus decisiones políticas bajo forma de normas jurídicas. La consecuencia de todo ello; es decir, de gobernar legislando, y viceversa, equivale a mal gobernar y mal legislar. Ello desacredita al derecho y acaba por desautorizar, de hecho, al parlamento. De este modo, el principio de un gobierno controlado por las leyes y sometido a las leyes se ha transformado en el principio bien distinto de gobernar bajo forma de leyes, multiplicando e inflando las leyes<sup>265</sup>.

### 5.5.3. La "sobrecarga" del trabajo parlamentario

---

parlamentos son el Estado. De este modo los parlamentos se encuentran detrás, juntamente detrás del gobierno. Han completado tan bien la trayectoria como para encontrarse situados --dentro del sistema-- en una posición que se superpone con la que ocupa el gobierno. De hecho, desearían gobernar, o compiten con el gobierno, o gobiernan a medias, o des gobiernan. En todo caso, el papel del parlamento y el del gobierno --al menos en los sistemas asamblearios-- ya no pueden diferenciar: de este modo han formado un ovillo inextricable" (p. 191). Esto es palmariamente demostrable, basta con ver a la mayoría parlamentaria defendiendo al gobierno.

263.- Giovanni Sartori, Elementos de Teoría Política, FCE, Madrid, 1996, pág. 191.

264.- Giovanni Sartori, op. cit., pág. 192.

265.- Ibíd.



Otra razón que por sencilla hay veces se deja de lado, pero que tiene un peso enorme es la neutralización de la función de gobierno a través de la sobrecarga del trabajo parlamentario.

Como sostiene Sartori, el parlamentario no está ocupado sólo por el Parlamento, tiene una infinidad de actividades a desarrollar fuera del parlamento o que por lo general no entran en el orden del día de los trabajos parlamentarios, que la gente de la calle desconoce muchas veces. Un diputado o senador debe ocuparse del partido (y de su posición en el partido), de su circunscripción, y de diversas clientelas (electorales o de otro tipo); al mismo tiempo debe hacer frente a una voluminosa correspondencia, para hacer solicitudes y recomendaciones, participar en diversos actos, preparar discursos y etc. El parlamentario "termina por tener que hacerlas todas corriendo, y con frecuencia, dedicando más tiempo y energías a las minucias o a las actividades extra-parlamentarias que a las cosas importantes que tiene que hacer en el parlamento"<sup>266</sup>.

Desde una perspectiva más estructural y general, Norberto Bobbio ha denunciado también el fenómeno del sobrecargo. Según este autor, a diferencia de los regímenes autocráticos, los regímenes democráticos se caracterizan por una desproporción creciente entre el número de las demandas que proviene de la sociedad civil y la capacidad de respuesta del sistema político, fenómeno que en la teoría se llama sobrecargo<sup>267</sup>.

Según Bobbio, las instituciones que el régimen democrático heredó del Estado Liberal, --entre las que destaca el Parlamento-- *"facilitan por parte de los individuos y grupos peticiones a los poderes públicos que pretenden ser satisfechas en el menor tiempo posible, bajo la amenaza de disminuir el consenso, en proporción absolutamente desconocida para los gobiernos autocráticos donde los periódicos están controlados por el gobierno, las manifestaciones públicas de protesta son reprimidas, los sindicatos o no existen o son dependientes del poder político, no existe otro partido más que el que apoya el gobierno o es una emanación directa de él"* <sup>268</sup>. Por otro lado, *"los procedimientos dispuestos por un sistema democrático para tomar decisiones colectivas, o que deberían dar respuesta a las demandas generadas por la sociedad civil, son tales que frenan y a veces hacen inútiles mediante el juego de vetos cruzados la toma de decisiones, a diferencia de lo que sucede en un régimen autocrático, donde la concentración del poder en pocas manos, cuando no incluso en un jefe carismático cuya voluntad es ley, la supresión de instancias como el parlamento en el que las diferentes opiniones se confrontan y las decisiones son tomadas solamente después de largos debates, y las mismas decisiones del parlamento pueden ser sometidas al control de un órgano jurisdiccional como la corte constitucional del pueblo mismo mediante el referéndum, permiten decisiones rápidas, perentorias y definitivas"* <sup>269</sup>.

---

266.- Ibídem, pág. 197.

267.- Bobbio Norberto. Liberalismo y Democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pág. 104.

268.- Ibídem, pág. 104-105.

269.- Ibídem, pág. 104-105.



En definitiva, la diferencia entre los regímenes democráticos y autocráticos descansa en la relación entre demanda y respuesta. Así mientras la democracia hace que la demanda sea fácil y la respuesta difícil, la autocracia hace que la demanda sea difícil la respuesta fácil<sup>270</sup>.

Además de este fenómeno de sobrecargo señalado, existe también dificultad en comprender la dinámica interna del funcionamiento del Congreso. En efecto, "la dinámica a que obedece cada una de los órganos del Estado es diferente en virtud de las distintas funciones y responsabilidades que le son propias, por un lado, el legislativo tiene una marcha lenta, que le es indispensable para su actividad predominante como creador de derecho; el judicial va conformando su acción de acuerdo con un procedimiento gradual que le conduce a la emisión de sus fallos y resoluciones; al ejecutivo le corresponde, en cambio, realizar una acción rápida y oportuna las numerosas necesidades de la población a la que sirve"<sup>271</sup>.

La ausencia de selectividad y de conciencia de la importancia y centralidad de la función de control y sobre todo del seguimiento del control de la expedición de los decretos de urgencia, debilitan al Congreso y ocasionan la ausencia de un efectivo control de los decretos de urgencia por la representación nacional. A su vez, esta situación definitivamente genera una percepción de crisis de legitimidad, lo que a su vez como círculo vicioso aumenta la crisis de legitimidad<sup>272</sup>.

En el reverso del problema de la sobrecarga del trabajo del Parlamento, se encuentra el asunto de la progresiva complicación técnica de las decisiones y la complicación en el proceso de formación de las decisiones parlamentarias. Como señala Gregorio Peces Barba, la necesaria urgencia y rapidez en muchos casos de las decisiones que contrastan con la lentitud del proceso parlamentario. El proceso

---

270.- *Ibíd.*, pág. 105.

271.- Berlín Valenzuela, Francisco. Derecho Parlamentario, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 126.

272.- El Parlamento, no obstante ser una de las instituciones fundamentales de las democracias modernas atraviesa hoy una grave crisis, situación que no sólo comienza a ser advertida por académicos del derecho, o por dirigentes políticos, sino sobre todo, --y de ahí la gravedad-- por la propia ciudadanía. El ciudadano de la calle comienza a percibir a este como una institución lenta, ineficiente, costosa para el tesoro público y sobre todo, incapaz de representar y traducir todas sus demandas e intereses. Es necesario preguntarse porque hasta un 90% de la población peruana juzgaba necesario que tal como existió hasta el golpe del 5 de abril de 1992, el Parlamento era un mal nacional. Según una encuesta realizada por APOYO. Encuesta realizada por APOYO, en Lima, en mayo de 1990, En: Enrique Bernalles Ballesteros: Parlamento y democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990, p. 317. realizada en 1990, de una encuesta realizada en 600 personas sobre la calificación de la gestión del gobierno central en el período 1985-1990; de una escala de muy buena a muy mala, el 0% respondió como muy buena, 5% como buena, 34% como regular, 28% como muy mala y 29% como muy mala. Incluso, muchas veces los ciudadanos van a buscar a sus representantes y se encuentran con que estos están atados de manos, sea porque lo que piden no está al alcance, sea porque los congresistas no tienen iniciativa de gasto público, o incluso sea porque los congresistas no pueden hacer nada. Ante esta situación, la tendencia constitucional contemporánea es a la modernización del Parlamento, tratando de aligerarlo y especializarlo en sus atribuciones y otorgando predominio al control político. Bernalles, op. cit., pág. 37.

parlamentario tiene los rituales que le hacen necesariamente lento, lo que ha producido un aumento de otra forma de normas jurídicas que no necesitan esa formación tan poco rápida, tan lenta<sup>273</sup>, como los decretos de urgencia.

#### 5.5.4. Irreversibilidad de los decretos de urgencia y la seguridad jurídica

Tal como ya ha sido señalado, por algunos autores, uno de los límites del control parlamentario, además de los señalados es el referido a la irreversibilidad de la expedición de los decretos de urgencia. En efecto, luego de haber sido expedidos al momento de ser conocidos por el Congreso para su convalidación, han dado origen a una multiplicidad de relaciones jurídicas, que con el transcurrir del tiempo se han consolidado, y cuya derogación trae más problemas que la propia pervivencia del decreto de urgencia inconstitucional, pudiendo generarse situaciones de inestabilidad y crisis, sobre todo para la seguridad jurídica, seguridad que también se afecta de alguna manera cuando las normas son expedidas de espaldas a la opinión pública y de manera súbita.

Como señala Castillo Meza, "Al darse estos decretos, las Cámaras se convierten en órganos que deben dedicar gran tiempo a discutir sobre normas que ya se encuentran en vigor, precisamente para que no dejen de estarlo, y en caso de no convalidar la decisión gubernamental convirtiendo al decreto tratará de salvar las consecuencias más graves por la pérdida de eficacia del decreto"<sup>274</sup>.

En el mejor de los casos cuando se tiene la voluntad de realizar el control sea por propia iniciativa o por presión de la oposición o de la opinión pública, la gran velocidad con que se expiden los decretos de urgencia hace que siempre se este, en constante tensión y premura, impidiéndose un análisis sereno, político.

Finalmente, para concluir este capítulo, en la gran mayoría de los casos, la principal razón de la expedición de decretos de urgencia en forma descontrolada y excepcional es por simple comodidad del Gobierno. En efecto, la extralimitación del gobierno en la expedición de los decretos de urgencia no siempre responde a las mismas causas ni encierra en todos los casos la misma trascendencia. Como señala Javier Salas, han sin duda supuestos de relevancia ciertamente menor, cuya única "explicación" de su propia existencia sea, posiblemente, la pura comodidad gubernamental. Es más cómodo, en efecto, acudir a este mecanismo que presentar un proyecto de Ley en el Parlamento, con todo lo que ello supone<sup>275</sup>.

---

273.- Gregorio Peces Barba: El papel del Parlamento en la democracia española, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, pág. 16.

274.- César Castillo Meza, Los Decretos Presidenciales de Urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993, Lima, 1996, tesis, PUC, pág. 39.

275.- Javier Salas, Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 324.

## CONCLUSIONES

1. El Congreso de la República desde agosto de 1995 hasta la fecha, se ha mostrado ineficiente para controlar la constitucionalidad de los decretos de urgencia.
2. La principal causa de la sistemática ineficacia del control parlamentario lo constituye la ausencia de una clara diferenciación sustantiva y política entre el órgano controlante (El Congreso) y el órgano controlado (El Poder Ejecutivo). Existe una suerte de concentración de las funciones de control cuando el sujeto controlado que es el gobierno, controla e influye en el Congreso, a través de su mayoría parlamentaria. En el fondo, la ineficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia, responde a las dificultades que tiene el partido gobernante para controlarse así mismo.
3. Cuando el Gobierno cuenta con una mayoría absoluta en el Parlamento, las posibilidades de un efectivo control disminuyen notablemente, pues pedir al Congreso equivale a pedirle a la mayoría que controle a su propia organización política instalada en el Gobierno. La eficacia del control parlamentario de los decretos de urgencia dependerá entonces de la implementación de medidas que otorguen independencia al Congreso, y perfeccionen los mecanismos de representación, y en menor medida, del control del electorado sobre sus representantes. Entre estas medidas se pueden plantear renovación por tercios, revocación de mandato parlamentario, establecer en fechas distintas las elecciones del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, etc.
4. La adecuada conceptualización de la institución del control parlamentario de los decretos de urgencia es fundamental a la hora de introducir modificaciones al art. 91º del Reglamento del Control, donde se regula el control del parlamento de este tipo de normas.
5. El control parlamentario de los decretos de urgencia es un control político y no jurídico. Es un control político, porque el agente de control (órgano controlante) es un órgano o autoridad política y no autoridad jurisdiccional. Es también un control político, por la disponibilidad del parámetro de control, en la medida que, el mismo no está formado por normas de derecho que resultan indisponibles para el órgano controlante. Por otro lado, el carácter subjetivo del control político supone, exactamente, todo lo contrario, parámetro no objetivado, disponible y no necesariamente preexistente. Y cuando un órgano político, acude a la Constitución, está interpretando políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, la interpretación es libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico, interpretación que debería encuadrarse en la Constitución. Finalmente, una última e



importante diferencia esta en la específica función que cumple el Congreso y el Tribunal Constitucional. Al primero le corresponde las funciones legislativa y de control político, al segundo, la específica función de control de la constitucionalidad de las leyes y decretos urgencia. No es casual, que sólo el 28% de los parlamentarios sean abogados, y que una sentencia del Tribunal Constitucional, que declara la inconstitucionalidad de un decreto de urgencia, sea oponible a la convalidación parlamentaria de un decreto de urgencia.

6. La importancia de incluir los criterios de oportunidad y conveniencia no es otra que facilitar el control político del Congreso de los decretos presidenciales de urgencia, y de esa manera dejar en la más absoluta libertad a la representación nacional de aprobar, modificar o derogar decretos de urgencia, de acuerdo al criterio que le parezca conveniente.

7. El fundamento del control parlamentario es la residencia de la soberanía en el pueblo, único titular del poder, del cual el Parlamento es su más idóneo representante. Los elegidos por el pueblo, al encarnar su voluntad deben vigilar la dirección escogida por la política del Estado, con el objeto de asegurar que la dirección que el Gobierno corresponda a lo querido por la colectividad nacional. De esa manera la representación nacional juega un papel de instrumento y nexo entre el soberano y el gobierno.

8. El control parlamentario de los decretos de urgencia cumple con todos los requisitos del control político que señalados por Manuel Aragón, excepto con la voluntariedad en el control, en razón que sea en la Constitución como en el Reglamento, se establecen normas que señalan la "necesariedad" de la realización del control parlamentario en un plazo predeterminado y sobre los decretos de urgencia, salvo que se haya adoptado por el silencio legislativo positivo, tesis donde puede en forma muy discutida, aplicarse la voluntariedad del control. Sin embargo, eso no altera la naturaleza política del control parlamentario de los decretos de urgencia.

9. El control parlamentario al gobierno, cumple una función legitimatoria del gobierno. Así, conforme existan mayores mecanismos de control, mayor será el prestigio institucional del Poder Ejecutivo y del propio Congreso, en la medida en que control supone funcionamiento cabal de la democracia, del equilibrio de los poderes y de los controles mutuos.

10. En el caso del control parlamentario de los decretos de urgencia, no existen dos controles (uno político y otro jurídico), sino uno, el control político. Ello no obsta, sin embargo, para que el Congreso incorpore argumentos constitucionales, es decir, se recurra al parámetro de la constitucionalidad y de la legalidad. Sin embargo, aunque la decisión en el control parlamentario de los decretos de urgencia, se adopten invocando



argumentos constitucionales tal decisión no se toma por la fuerza vinculante del derecho sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político. El agente de control, en estos casos, interpreta la Constitución de la manera que le parece oportuna, de la misma manera que también la interpreta el legislador al hacer la ley, y no como un órgano judicial.

11. El control parlamentario supone la verificación de que la actuación del órgano gubernamental se ha adecuado al parámetro de control político del Congreso, el cual "debería" ubicarse dentro del marco de la Constitución y expresar la voluntad de la soberanía popular de la cual el Congreso es su más fiel representante. De otro lado, la voluntad popular mayoritaria de la cual los parlamentarios son sus representantes, es una voluntad que en ningún momento puede exceder o ir contra los preceptos constitucionales, que al final de cuentas no son otra cosa que la propia voluntad de los representantes de estos en el Congreso, razón por la cual no podría por lógica ir contra sí mismo.

12. Si bien el parámetro del control político debería ser la voluntad del soberano, el criterio o parámetro de control no es la voluntad de la colectividad nacional sino la percepción que de la voluntad del pueblo tenga él o los congresistas, que como sabemos no es igual, mayor aún, si recordamos que no existe mandato imperativo. La finalidad del control parlamentario entonces, es la de someter la actuación del órgano controlado a la decisión de una voluntad popular, la del pueblo, a la que quienes ejercen el control atribuyen como contenido, el de su propia voluntad. En relación, con la interpretación de la Constitución, estamos hablando de la percepción de la Constitución de un órgano político, que carece de la imparcialidad, independencia necesaria para interpretar jurídicamente la Carta Política.

13. Entre los principales fundamentos del control parlamentario de los decretos de urgencia tenemos en primer lugar, la necesidad de asegurar un principio básico en el Estado de Derecho: el de que la ley es la expresión de la voluntad popular, manifestada a través de los representantes libremente elegidos por el pueblo, lo que exige que la potestad de dictar normas con rango de ley quede circunscrita al órgano que ostenta la representación popular. Esto lo convierte en el titular natural de la potestad legislativa del Congreso.

14. El control parlamentario asegura el carácter público del procedimiento legislativo y la legitimidad del decreto de urgencia. Todo debate, actuación y decisión debe ser público para cumplir su misión fundamental de publicación, que tiene como objetivo determinante, la organización del consentimiento y la legitimación de las decisiones.

15. El control parlamentario asegura el debate, la contradicción, la transacción y el consenso y de la imposición del Gobierno. Los

procedimientos parlamentarios están previstos teológicamente para buscar la confluencia, la transacción y el consenso. A diferencia del Poder Ejecutivo cuando elabora los decretos de urgencia y decretos legislativos, al Congreso reflejo de la sociedad, le interesa recoger, escuchar no sólo las voces dominantes, que expresan las fuerzas políticas hegemónicas o mayoritarias en un momento concreto, sino tener presentes también aquellas que obedecen a intereses o sectores otrora dominantes y ahora en posición subordinada; oír también los gérmenes de renovación que expresan formaciones ahora minoritarias, que pueden devenir determinantes en el futuro. Esto a su vez permite la participación de la oposición y de las minorías en la elaboración del decreto de urgencia

16. El control parlamentario permite y asegura el respeto a la seguridad jurídica. El cumplimiento del procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia, constituye un componente central de la seguridad jurídica de un Estado, pues permite conocer y acceder al conjunto de la ciudadanía, al proceso de creación y producción de las normas que lo han de regir y vincular, de acuerdo a sus intereses y expectativas. Esta participación de la opinión pública, redundará en la legitimidad de la norma, aspecto que a su vez refuerza la fuerza vinculante de la misma. El Congreso es un órgano eminentemente político, titular de la representación nacional, donde se encuentran las diferentes corrientes de opinión y los diferentes intereses, razón por la cual, no es el órgano más idóneo y mejor dotado para realizar el control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, al carecer de la independencia y la autonomía necesaria.

17. El "lugar" que ocupa el Congreso en la estructura política convierte al Congreso no sólo en un órgano político por excelencia, sino, en un órgano extremadamente sensible y vulnerable a las presiones políticas, tales como, las que vienen del Poder Ejecutivo (sobre todo cuando son del mismo partido político), las de su propia agrupación partidaria (de conformidad con la disciplina partidaria), la de la opinión pública, la de sus electores, la de la prensa, etc. Todo este conjunto de presiones, además de la carencia de formación y método jurídico de interpretación de la mayoría de los miembros del Congreso, lo convierte a este en un órgano poco idóneo para velar por constitucionalidad de los actos del Gobierno.

18. Existe una relación entre las nociones de "extraordinaria y urgente necesidad" con el principio de oportunidad. La tesis del concepto jurídico indeterminado, más que leerlo desde la discrecionalidad se encuentra muy relacionado al principio de oportunidad y conveniencia, criterio básico del control parlamentario.

19. Existe una diferencia entre realizar un control jurídico por parte del Parlamento, en base al principio de constitucionalidad tal como lo hacen los jueces de la Constitución, y la utilización de argumentos de la Constitución

en el marco de un control político, a cargo de un órgano político. En este último caso, la utilización e invocación política de la Constitución por parte del Congreso no será la de un juez que será una interpretación imparcial, técnica especializada, donde el operador está obligado a aplicar la Constitución y la ley.

20. En todo caso, sea la posición que asumamos, esto es, que el control parlamentario de los decretos de urgencia, sea un control político, o un control jurídico de la constitucionalidad, jamás estaremos ante opciones totalmente "puras", pues el control jurídico no puede soslayar el criterio de oportunidad, y el control político, no puede evitar utilizar el criterio de la constitucionalidad. En efecto, aún cuando asumamos un caso hipotético que al Parlamento realice exclusivamente un control de la constitucionalidad es imposible evitar realizar cierto control de oportunidad. Ambos parámetros interactúan y se condicionan. El hecho que el Congreso tenga dificultades para ejercer jurisdicción sobre la Constitución en materia de los decretos de urgencia, no significa que la Carta Política no sea un referente importante en la vida del Parlamento, especialmente al momento de tomar decisiones. La Constitución nos brinda el marco, los topes y los límites dentro de los cuales debe expresarse la voluntad general la voluntad del soberano, de alguna manera encuadra jurídicamente el debate político, a su vez la Constitución y las leyes si bien son expresión de la voluntad del soberano --expresada siempre por sus representantes-- tienen límites a la hora de expresar las demandas y la voluntad del electorado, pues constituyen la voluntad del soberano en un determinado momento político e histórico. No debemos olvidar que, más allá de los problemas estructurales que podamos advertir, nos encontramos ante una opción política del legislador.

21. Debíó haberse señalado en la Constitución tal como se hace en el Reglamento del Congreso de la República, la específica función de control del Congreso, tal como lo hacen otras constituciones, como por ejemplo la Constitución Española.

22. Existe la incapacidad del Gobierno de comprender la naturaleza del control de los decretos de urgencia. El control parlamentario de los decretos de urgencia es percibido por el Gobierno en forma muy negativa, si no es como un control previo de los decretos de urgencia, como un obstáculo, como una limitación al ejercicio de la función gubernativa y de dirección política del Poder Ejecutivo.

23. El parámetro del control parlamentario que utiliza la oposición es básicamente la Constitución Política. Esto se realiza no siempre y necesariamente por desconocimiento de la naturaleza política del control parlamentario de los decretos de urgencia, sino por que políticamente es más fácil y eficaz el debate y el enfrentamiento de la oposición con la



mayoría oficialista y el Gobierno, si se utiliza como argumento la presunta inconstitucionalidad de una norma. La utilización del parámetro del control político, como es el principio de la conveniencia y la oportunidad por parte de la oposición limita y disminuye su capacidad de crítica al Gobierno, en la medida que relativiza los argumentos de la oposición, y los homogeniza e iguala políticamente con los de la mayoría. En ese caso, el diálogo y los argumentos de la oposición serían más difíciles de sostenerse y de oponerse, pues el gobierno no sólo tendría la fuerza si no también el derecho de no derogar un decreto de urgencia porque le parecería oportuno, necesario y conveniente. Incluso, si utilizándose un parámetro objetivo como es la Constitución, la oposición pierde, se podrá perder una votación, y no lograr la derogación de una norma, pero en su lugar se puede "ganar políticamente frente a la población", es decir, convencer a la opinión pública de la real inconstitucionalidad de este decreto, no obstante la carencia de votos para su derogación y en consecuencia de la ilegitimidad de la convalidación, generando y suscitando sanciones indirectas de la opinión pública contra el gobierno, sanciones que a la larga desgastan al Congreso, situación cuyos efectos se materializan aun que no exclusivamente en las próximas elecciones

El interés prevaleciente de la mayoría parlamentaria (que es la que finalmente decide la convalidación de los decretos de urgencia) cuando es de la misma organización política del partido de gobierno, antes que la defensa de la Constitución, lo constituye la defensa y salvaguardia de los intereses del Gobierno a efectos que esta pueda ejecutar su programa de gobierno, así como dar desde el Parlamento la estabilidad política al sistema y al gobierno.

24. La mayoría parlamentaria cuando es controlada e influenciada por el Gobierno, también controla al Gobierno, pero lo hace a través de mecanismos internos que no dañan ni afectan la imagen y la responsabilidad del Poder Ejecutivo, o en todo caso tratando de no afectar la estabilidad política del gobierno.

25. En los regímenes parlamentaristas, el control parlamentario constituye en el instrumento para mantener y asegurar la *relación de confianza* (fiduciaria) entre el Parlamento y el gobierno. En el caso de los sistemas presidenciales donde existe en principio una rígida separación de poderes, el control parlamentario estaría apoyado en una cierta *relación de confianza atenuada* y no institucionalizada, que si bien carece de los instrumentos clásicos de investidura y censura, si tiene otros mecanismos de presión al gobierno, como por ejemplo las facultades parlamentarias de aprobación del presupuesto. La doctrina también reconoce la *responsabilidad política difusa*, como un mecanismo no jurídico, de debilitamiento político del gobierno producido por las reacciones políticas y sociales que se derivan de los actos de control del Congreso. De alguna manera consiste en una sanción indirecta más que directa contra el



gobierno, más que en la obstaculización inmediata, en la capacidad de crear o fomentar obstaculizaciones futuras.

26. Si consideramos que cuando el partido de Gobierno tiene mayoría en el parlamento, es sumamente difícil que el Congreso derogue o no convalide un decreto de urgencia, debemos encontrar el verdadero sentido del control parlamentario de los decretos de urgencia, en lo que la doctrina denomina la "responsabilidad política difusa" y en la posibilidad de forzar al gobierno a un debate no sólo a cargo del Congreso, sino forzar a un debate público, de cara a la opinión pública. En ese sentido, la finalidad de la oposición parlamentaria en relación con el control de los decretos de urgencia, será básicamente someter y poner en conocimiento de la opinión pública no sólo los actos del gobierno sino sobre todo su posición y su crítica, con el objeto de desgastar la imagen del gobierno ante la opinión pública, a fin que en las próximas elecciones no voten por ellos. Esto implica, demostrar a la opinión pública que la oposición constituye una opción de gobierno, seria. Esta perspectiva no es evidente desde una óptica de control de la constitucionalidad, donde el control es un asunto de verificación del cumplimiento de unos requisitos constitucionales por parte del Congreso, exclusivamente, y donde no tiene ninguna participación la opinión pública.

27. El control parlamentario por lo general es políticamente impulsado, promovido y alentado por la oposición y/o de las minorías parlamentarias, aún cuando formalmente y jurídicamente es el Congreso el que realiza el control parlamentario.

28. El control parlamentario de los decretos de urgencia a través de la facultad de todo Congreso de aprobar, modificar y derogar leyes del art. 102º inciso 1 de la Constitución Política, puede constituir un camino alternativo y/o complementario de control parlamentario al art. 91º del Reglamento del Congreso de la República. El único problema con esta vía, y que puede ser corregido por medio de una iniciativa legislativa, es que el Poder Ejecutivo puede observar la ley aprobada, necesitándose el Parlamento de una mayoría calificada para insistir en el proyecto. La ventaja de este camino, es que permite desplegar de una manera más plena la soberanía legislativa del Congreso, sin la obligación de ceñirse solamente al control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, es decir, a la revisión del cumplimiento de los requisitos que la Constitución y el Reglamento de la República, exige para la expedición de este tipo de normas.

29. Tal como está redactado el texto del art. 91º del Reglamento del Congreso, crea una falacia al establecer una presunción a favor del gobierno, que señala que si el Congreso no lo deroga expresamente un decreto de urgencia, o la Comisión no eleva un dictamen al pleno, es porque

el decreto de urgencia en cuestión es constitucional y lícito, cuando bien sabemos que ese silencio por parte del Congreso responde a múltiples factores y causas, ajenos a la propia voluntad de la oposición parlamentaria. Presunción cuya revocación no sólo exige demostrar efectivamente la inconstitucionalidad sino además exige tener votos suficiente para derogar un decreto de urgencia, poder del cual la oposición carece.

30. Es necesario reconocer a nivel constitucional y legislativo, que una vez derogado el decreto de urgencia de acuerdo a lo prescrito en el art. 91º del Reglamento, deberá recobrar efectos en forma plena las ley cuyos efectos fueron suspendidos. Nuestro sistema legislativo, en este punto guarda silencio, hecho que se presta a interpretaciones contrarias al espíritu de esta institución. Esto ayudaría a crear conciencia en los operadores jurídicos, acerca de la naturaleza excepcional de los decretos de urgencia.

31. La utilización del Congreso de la Constitución como parámetro del control parlamentario no es negativo, antes bien nos parece fundamental, de lo contrario no estaríamos bajo un estado de derecho. Lo que es incorrecto, es restringir el control parlamentario a un exclusivo control de la constitucionalidad de los decretos de urgencia. En su lugar, se debe dejar en entera libertad al Congreso a la hora de definir el parámetro del control parlamentario, libertad que facilita la realización del control político. De alguna manera, a través de la facultad legislativa del Congreso, se ejerce el control político de oportunidad de una manera más plena y sin limitaciones. En ese sentido, la utilización del art. 102 inciso 2 de nuestra Constitución Política como canal control parlamentario de los decretos de urgencia, no busca reemplazar al procedimiento de control de este tipo de normas, regulado en el art. 91º del Reglamento del Congreso, sino que constituye un canal alternativo y a la vez complementario de este.

32. La prensa y la opinión pública constituyen dos sujetos importantes no sólo del trabajo parlamentario, sino del control parlamentario. El primero no es otra cosa que un canal de la difusión, un vehículo de comunicación del Congreso y de la Oposición con la opinión pública, mientras que el segundo constituye el gran tribunal político que decidirá en los comicios electorales a quien le dará la razón. Sólo la concepción del control parlamentario de los decretos de urgencia como control político, permite la incorporación de la participación del pueblo, como opinión pública, al ser finalmente él, quién podrá eventualmente aplicar las sanciones mediatas e indirectas al Poder Ejecutivo. Esto sólo se puede entender si antes se comprende la concepción de control "en" el Congreso, a cabalidad, en otras palabras, que el Congreso no sólo constituye el órgano controlante, sino que constituye el espacio, donde se realiza el control, abierto a la opinión pública.

33. El control parlamentario de los decretos de urgencia, además de ser ejercicio de la función de control, también implica el ejercicio de la función legislativa. Este es un aspecto sumamente importante y central, del cual se deducirán consecuencias importantes.

34. La Constitución Política, el criterio de oportunidad y la voluntad del electorado (voluntad del soberano), constituyen elementos de un parámetro del control parlamentario de los DU, que están llamados a contrapesarse y a interactuar en conjunto. En ese sentido, se limitan mutuamente, pero a la vez, se enriquecen al complementarse. Cada uno de estos criterios aporta algo distinto en la medida que tiene un contenido específico. Esto no obsta, para que puedan coincidir en algún punto, pero también para que no. Es el caso de la solicitud de pena de muerte por el 70% de la población, para el delito de terrorismo, según encuestas. La Constitución tenía que entrar a limitar, a complementar y a contrapesar la voluntad de la opinión pública. La voluntad del electorado, no es en si misma, constitucional o políticamente buena o conveniente. Asimismo, no siempre, la Constitución va a expresar la voluntad del soberano. Todos estos elementos, se necesitan, y se van complementando unos con otros.



## **SUGERENCIAS**

El presente trabajo sería insuficiente e incompleto, si es que todos las reflexiones, críticas y análisis realizados no se tradujeron en una propuesta concreta. Es así que en esta parte, proponemos la introducción de una serie de modificaciones a la Constitución Política, al Reglamento del Congreso de la República y la Ley del Poder Ejecutivo, que podría dotar de mayor eficiencia al control parlamentario.

### **I.- MODIFICACION DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA EN LO RELACIONADO CON EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA**

**Artículo 91A.** Los decretos de urgencia no derogan ni modifican leyes, sino suspenden los efectos de estas hasta que los decretos mencionados hayan sido convalidados o derogados por el Congreso de la República según el procedimiento especificado en este Reglamento.

**Artículo 91B.** La vigencia de los decretos de urgencia, no podrá exceder el período correspondiente a un año fiscal. En dicho supuesto o en el caso que sean derogados los mismos por el Congreso, recobrarán vigencia las leyes y demás normas que fueron suspendidas por los mencionados decretos de urgencia. El Congreso podrá, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos de urgencia. La derogatoria de un decreto de urgencia, sólo podrá tener efectos retroactivos, cuando viola la Constitución o leyes orgánicas.

**Artículo 91C** Los decreto de urgencia deben estar referidos de manera directa a los siguientes aspectos:

- a) Reestructurar los gastos del Gobierno Central y las empresas del Estado, establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, siempre que las disposiciones presupuestarias impidan la aplicación de las medidas extraordinarias;
- b) Disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento interno y externo, para proveer de recursos financieros al Estado destinados a la atención y satisfacción impostergable de necesidades públicas;
- c) Exonerar de trámite de licitación pública siempre que se encuentre dentro de las excepciones que contempla el artículo siguiente.

**Artículo 91D.** La exoneración a Licitación Pública, concurso público de Precios o Concurso Público de Méritos, sólo procede en los



casos siguientes:

- a) Cuando se declaren desiertas, conforme a la normatividad correspondiente y haciéndose la publicación respectiva, en cuyo caso el contrato debe sujetarse a las características señaladas en las bases.
- b) Cuando por acuerdo del Consejo de Ministros se declare en situación de emergencia cualquier área o circunscripción de la República, o específicamente cualquier obra pública o conjunto de obras o instalaciones inherentes a servicios de propiedad del Estado que demanda la adopción de soluciones inmediatas, a fin de conjurar el peligro producido o que se puede producir debido a catástrofes tales como: terremotos, inundaciones, huaycos, braveza del mar, maremotos, derrumbes, incendios, sequías, erupciones volcánicas, actos de sabotaje, inminente colapso o destrucción de cualquier obra pública incluyendo instalaciones que comprometen la vida, seguridad o los bienes de los pobladores y usuarios, así como epidemias y plagas que atenten contra la vida o la salud de la población.

En todos estos casos, donde exista una exoneración de los trámites de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos de Precios o Concursos Públicos de Méritos, la Contraloría General de la República debe entregar un informe a la Comisión de Constitución acerca de la transparencia de esta operación, con las reservas del caso, para la letra "c", en un plazo no mayor de sesenta días, de la expedición de los decretos de urgencia.

**Artículo 91E.** La ley aprobada por el Congreso que contiene la convalidación o derogación del decreto de urgencia, será promulgada y mandada publicar por el Presidente del Congreso de la República en el diario oficial "El Peruano" al día siguiente de su aprobación por el pleno de este. El Ejecutivo no podrá observar la ley derogatoria de un decreto de urgencia realizado de conformidad con el art. 91º del Reglamento del Congreso. Tampoco podrán ser observados por el Presidente de la República, las leyes que exclusivamente, derogan decretos de urgencia.

**Artículo 91F.** El Gobierno está obligado a demostrar que agotó los recursos legislativos ordinarios disponibles antes de recurrir a los decretos de urgencia. Sólo podrá recurrirse a los decretos de urgencia, cuando al momento de su expedición no haya legislatura en el Congreso, o no se puede reunir o se encuentre impedido por fuerza mayor este, o no se haya podido presentar a través de la iniciativa legislativa con carácter de urgencia del Poder Ejecutivo al Congreso, que señala el art. 105º de la Constitución Política. Está exceptuado el Gobierno de esta obligación, cuando el anuncio anticipado del

contenido de los decretos de urgencia le restaría eficacia y fuerza al decreto de urgencia.

**Artículo 91G.** Los decretos de urgencia no pueden en ninguna circunstancia abordar las siguientes materias:

- a. Los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos
- b. Leyes orgánicas aprobadas de acuerdo al art. 106°
- c. Los derechos electorales y el sistema electoral
- d. Exonerar de Licitación Pública en aquellos casos que no sea los que se señala en el artículo 91D.
- e. Modificación o suspensión de la Constitución Política.
- f. Cuando sean actos de naturaleza administrativa, resolutive y/o particular, sin contenido normativo y material de ley, es decir, normas que no son generales, impersonales y abstractas.
- g. Materia tributaria de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Política.
- h. Decretos de urgencia secretos.

**Artículo 91H.** El oficio mediante el cual el Poder Ejecutivo da cuenta al Congreso de la expedición de decretos de urgencia, deberá contener una explicación en extenso en torno al cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo, de los siguientes requisitos, a) Situación extraordinaria e imprevisible, b) Naturaleza económica y financiera, c) Urgencia y necesidad de las medidas, d) Interés nacional involucrado, e) Peligro y la amenaza que para la economía y las finanzas públicas ocasionaría la no expedición del decreto de urgencia en forma inmediata, f) Explicación en torno a la imposibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios.

No es suficiente la simple invocación de la norma constitucional o reglamentaria para expedir decretos de urgencia. No se encuentra justificada la expedición de decretos de urgencia cuando el gobierno es responsable, autor o causante directo e inmediato, de la situación extraordinaria y urgente. Tampoco se admiten decretos de urgencia que tenga por finalidad solucionar la imprudencia, negligencia y la falta de previsión razonable del propio Poder Ejecutivo.

**Artículo 91I.** El Congreso derogará el decreto de urgencia, cuando el gobierno no haya cumplido todos y cada uno de los requisitos antes mencionados, contenidos en la Constitución Política y en el Reglamento del Congreso de la República, y/o cuando habiéndose cumplido estos requisitos, no le parezca a juicio de la mayoría parlamentaria oportuna y/o conveniente la expedición de dicha medida.

También podrá derogar el Congreso el decreto de urgencia cuando considere que el Gobierno lo ha utilizado para una finalidad distinta a la prevista por la Constitución, cuando no exista proporcionalidad y/o razonabilidad entre la situación extraordinaria y urgente y el medio empleado para conjurar dicha situación.

**Artículo 91L.** El procedimiento de control parlamentario de los decretos de urgencia se desarrollará de acuerdo a las siguientes normas:

a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto y los fundamentos en extenso debidamente contenidos en la exposición de motivos además de los considerandos, señalados en el art. 91G..

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio y evacuación del dictamen correspondiente de ser el caso, dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.

c) La Comisión de Constitución luego de recibir el informe técnico de la Subcomisión evaluadora de la constitucionalidad de los decretos de urgencia, presentará un dictamen al pleno del Congreso en mayoría y en minoría pronunciándose por la convalidación, por la convalidación, derogación o por la modificación del decreto de urgencia. En su dictamen, la Comisión de Constitución calificará si el decreto de urgencia versa sobre todas y cada una de las materias señaladas en el art. 8 de la presente ley.

d) El debate y votación en el Pleno del Congreso se realizará en la próxima sesión plenaria luego de aprobado el dictamen en la Comisión de Constitución sobre los decretos de urgencia en cuestión, o en su defecto, cuando se encuentre en receso el Congreso, será la Comisión Permanente, la que en un plazo no mayor de quince días, discuta el dictamen de la Comisión de Constitución del Congreso. De lo contrario, el decreto de urgencia quedará derogado indefectiblemente en forma automática. El mencionado debate y votación en el Pleno del Congreso, se realizará luego de la sustentación del decreto en cuestión por el Presidente del Consejo de Ministros, tal como lo señala el art. 3º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Para tal efecto, este ministro concurrirá en representación del Poder Ejecutivo y expondrá las razones que han obligado a este a expedir el mencionado decreto. En dicha oportunidad, explicará el cumplimiento de cada uno de los requisitos especificados en el artículo 8º de la presente ley. Asimismo, dicho

Ministro absolverá las preguntas e inquietudes que los diferentes grupos parlamentarios le planteen y de acuerdo a un orden previamente establecido.

e) Concluido el debate en el Pleno del Congreso, se procederá a la votación. El acuerdo de convalidación, modificación o derogación del decreto de urgencia se plasmará en una ley, y será promulgado por el Congreso y publicado en el diario oficial "El Peruano" al día siguiente de aprobada la ley respectiva, recobrando efectos plenos en forma automática la ley, cuyos efectos el decreto de urgencia derogado suspendió.

Sin dictamen de la Comisión de Constitución, no procede pronunciamiento legislativo alguno sobre dichas normas. La voluntad del Congreso de la República, debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la convalidación tácita.

**Artículo 91LL.** En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en el artículo anterior, ello no impide ejercer el control parlamentario.

**Artículo 91M.** El Presidente del Congreso dispondrá la publicación en el diario oficial "El Peruano" del dictamen en mayoría y minoría junto con un resumen de las distintas intervenciones de los diferentes grupos parlamentarios en el debate y votación del decreto de urgencia derogado.

**Artículo 91N.** Modifíquese el artículo 5º del Reglamento del Congreso de la República, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

"Función del control político

Artículo 5.- La función del control político comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, los decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento del mensaje anual del Presidente de la República ante el Congreso y el antejuicio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".

## II. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO



Proponemos que la obligación de rendir cuenta del Presidente del Consejo de Ministros, sea también establecida en el Reglamento en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. .

## **PROYECTO DE LEY**

El Congresista de la República que suscribe, haciendo uso del derecho de iniciativa que le reconoce el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, pone a consideración del Congreso de la República, el siguiente proyecto de ley:

### **Modificación de la ley Orgánica del Poder Ejecutivo**

#### **Obligación de fundamentar la expedición de decretos de urgencia y obligación del Presidente del Consejo de Ministros de sustentar ante el Pleno la ocurrencia a los decretos de urgencia**

La idea es establecer la obligación para que el Presidente del Consejo de Ministros concurra a la Comisión de Constitución para sustentar las razones que motivaron la expedición de los decretos de urgencia. Se propone esta iniciativa legislativa, pues como se sabe, el Reglamento del Congreso no puede crear obligaciones de terceros, sino sólo, regular la vida interna del Congreso.

**Artículo Único:** Modificación del art. 3° del Decreto Legislativo N° 560, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 3-A° Cuando el Presidente de la República expida los decretos de urgencia de acuerdo al art. 118° inciso 19 de la Constitución Política, deberá bajo sanción de derogación automática del decreto en cuestión, remitir en el oficio mediante el cual da cuenta al Congreso, una explicación en torno al cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo, de los siguientes requisitos:

- a. Situación extraordinaria e imprevisible,
- b. Naturaleza económico y financiera,
- c. Urgencia y necesidad de las medidas
- d. Interés nacional involucrado
- e. El peligro y la amenaza que para la economía y las finanzas públicas ocasionaría la no expedición del decreto de urgencia en forma inmediata.
- f. Explicación en torno a la imposibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios,

No es suficiente la simple invocación de la norma constitucional o reglamentaria para expedir decretos de urgencia. No se encuentra justificada la expedición de decretos de urgencia cuando el gobierno es responsable, autor o causante de la situación extraordinaria y urgente. Tampoco se admiten decretos de urgencia

que tenga por finalidad solucionar la imprudencia, negligencia y la falta de previsión razonable del propio Poder Ejecutivo.

Artículo 3-B°. En la oportunidad que el Congreso lo convoque, el Presidente del Consejo de Ministros concurrirá a sustentar ante el Pleno del Congreso en representación del Poder Ejecutivo, las razones y el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo anterior y contenidos en los art. 91 del Reglamento del Congreso, y 118 inciso 19 de la Constitución, absolviendo las consultas que se le formulen.

### III. MODIFICACION DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Finalmente, con el objeto de evitar contradicciones y superar algunos límites constitucionales, se hace necesario introducir algunas modificaciones a la Constitución Política.

- a. La ley que deroga decretos de urgencia, podrá tener efectos retroactivos, sólo en el caso que, sea considerado como inconstitucional

La finalidad de esta modificación tiene como finalidad, evitar que un decreto de urgencia, a juicio del Congreso, manifiestamente inconstitucional, pueda tener vigencia entre la fecha de su publicación y la fecha de la publicación de la ley que lo deroga.

El artículo de la Constitución, podría quedar redactado de la siguiente manera:

"Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, **excepto el caso que el Congreso derogue un decreto de urgencia por considerarlo inconstitucional o viole leyes orgánicas, caso donde podrá este tener efectos retroactivos.** La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Promulgación por el Congreso de las leyes que derogan o modifican decretos de urgencia y prohibición de su observancia por el Poder Ejecutivo

El precepto constitucional, podría quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 108.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días, **excepto las leyes que contienen la derogación, convalidación o modificación de los decretos de urgencia de acuerdo a lo señalado en el Reglamento del Congreso.** En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. **No podrá ser observadas en ningún caso, las leyes que contengan la derogación, modificación o convalidación de los decretos de urgencia.**

#### La naturaleza provisional y transitoria del Decreto de Urgencia

Artículo 118º.- Corresponde al Presidente de la República:

19. Dictar medidas extraordinarias **en forma provisional**, 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. El Congreso promulgará la ley que contiene la derogación o convalidación del decreto de urgencia.

## BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel:

Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución. El gobierno del Fujimorismo antes y después del golpe. Comisión Andina de Juristas, Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 9, Lima, 1993, pág. 263.

Alonso de Antonio, Angel Luis y José Antonio Alonso de Antonio:

Derecho Constitucional Español, Editorial Universitaria S.A., Madrid, 1996.

Alonso de Antonio, Angel Luis:

El control parlamentario de la política exterior en la Constitución de 1978, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 15. Monográfico. Diez Años de Desarrollo Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1989.

Aragón, Manuel:

Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control, Ediciones Ciudad Argentina, Madrid, 1985.

"El Control Parlamentario como control político", en: Revista de Derecho Político, núm. 23, primavera, Madrid, 1986.

Bacacorso, Gustavo:

Derecho Administrativo en el Perú, Tomo I, Editorial Cuzco, Lima, 1992.

Balaguer Callejón, María Luisa:

Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, 1997.

Berlín Valenzuela, Francisco:

Derecho Parlamentario, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

Bernales Ballesteros, Enrique:

Parlamento y democracia, Constitución y Sociedad, Lima, 1990.

El Parlamento por dentro, DESCO, Lima 1994.

La Constitución de 1993. Análisis Comparado, CIEDLA-Konrad Adenauer, Lima, 1996.

Blanco Valdés, Roberto, L.:



El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

Bobbio, Norberto:

El Futuro de la democracia, Plaza & Janes Editores SA, España, 1985.

Liberalismo y Democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

Estado, Gobierno y Sociedad, Por una Teoría General de la Política, Breviarios, FCE, México, 1996.

Borja, Rodrigo:

Derecho Político y Constitucional. Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

Boza, María Eugenia y otros:

Seguridad Jurídica y competitividad, Ediciones IESA, Caracas, 1996.

Cantuarias Salaverry, Luis Felipe:

Acerca de los Decretos llamados de Urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional. En: Revista DERECHO, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC N° 45, diciembre 1991, Lima 1991.

Cárdenas Quiroz, Carlos:

Los Decretos con fuerza de Ley. En: Revista Themis. Revista de Derecho. Segunda Época N° 6, Lima 1987.

Castillo Meza, César:

Los Decretos Presidenciales de Urgencia en el Perú y en la Constitución de 1993, Lima, 1996, tesis, PUC.

Castorina de Tarquini, María C:

Sistematización de las funciones del Congreso, En: Pérez Guilhou y otros: Atribuciones del Congreso Argentino. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 46 y ss.

Chamorro, Carlos:

El sistema político y el rol de la prensa en la futura situación de la región, En: Seminario Periodismo, Derecho Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica, IIDH, San José, 29 de abril de 1993.

Chirinos Soto, Enrique:

¿Puede el Ejecutivo legislar?, En Diario "El Comercio" el 1 de octubre de 1990, en la pág. A2.

Chofre Sirvent, José F.:

¿Significado y función de las leyes orgánicas?, Tecnos, Madrid, 1994.

De Esteban Jorge y Pedro González-Trevijano:

"Curso de Derecho Constitucional III", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

De la Cruz Ferrer, Juan:

"El Control Parlamentario de la administración en el sistema constitucional americano", en: I Jornadas de Derecho Parlamentario, 21, 22 y 23 de marzo de 1984, volumen II, Consejo de Diputados, Monografías 3, Madrid, 1985.

De la Puente y Lavalle, Manuel:

"Las Medidas Extraordinarias", en Revista de Derecho de la Empresa, Nº 20, 1986.

De la Cruz Ferrer, Juan:

El control parlamentario de la administración en el sistema constitucional americano, En: I Jornadas de Derecho Parlamentario 21, 22 y 23 de marzo de 1984, Volumen II, Congreso de los Diputados, Monografías 3, Madrid 1985.

Delgado Guembes, César

¿Qué Parlamento queremos?, Cultural Cuzco, Lima, 1992.

El debate parlamentario de la Ley 25397, en: Pensamiento Constitucional, Revista de la Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pág. 263.

De Otto, Ignacio

El Decreto ley, En: Derecho Constitucional. Sistema de la Fuentes. Editorial Ariel, 2º reimpresión, Barcelona, 1991. págs. 195-213.

De Vega García, Agustín S.

¿En qué casos puede el Gobierno dictar decretos leyes?. Colección jurisprudencia práctica, Tecnos, Madrid, 1991.

Embid Irujo, Antonio:

El Control Parlamentario del Gobierno y el principio de la mayoría parlamentaria, En: Antonio Bar Cendón (dir), El Estatuto de autonomía de Cantabria. Perspectivas doctrinales y prácticas. Universidad de Cantabria - Asamblea Regional de Cantabria. Santander, 1994, págs. 257-271.

(anteriormente publicado en Revista de las Cortes generales, núm. 25, primer cuatrimestre de 1992, págs. 7-30).

Eguiguren Praeli, Francisco:

El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del art. 211 inc. 20 de la Constitución. En: Revista Themis. Revista de Derecho. Segunda Época N° 6, Lima 1987.

Los retos de una democracia insuficiente. Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. CAJ, Lima, 1990.

"La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993", en: La Constitución de 1993, CAJ, Lima, 1994.

"Normas contrarias a la Constitución o a la ley", Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima, año LXXI, 1984-1;

"Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo", en: La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación, Cultural Cuzco, Lima 1987.

Espin Templado, Eduardo:

El control de la actividad normativa del Gobierno, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 253 - 261.

Fernández Segado, Francisco:

El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes, en: Revista de Derecho, N° 46, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1992, págs. 303-345.

Doctrina Constitucional. Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica. Sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Varios. 1° Edic., Konrad -Adenauer-Stiftung, CIEDLA, Medellín, 1997.

García Fernández, Javier

La Función del Control Parlamentario sobre el Gobierno. Notas sobre su configuración jurídica, En: Revista de las Cortes Generales, N° 31, 1° cuatrimestre, Madrid, 1994, pág. 31-69.

García Belaúnde Domingo:

La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente, Seglusa Editores, Lima, 1993.

Teoría y práctica de la Constitución Peruana, Tomo II, Ediciones Julio Valenzuela V., Lima, 1993.

La Constitución en el péndulo, Editorial UNSA, Arequipa 1996.

Decreto de Urgencia, en: diario "Expreso", de fecha 27 de mayo de 1986.

García de Enterría, Eduardo:

Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.

García Martínez, Ma. Asunción:

El Procedimiento Legislativo, Congreso de los Diputados, Serie IV, Monografía Nº 10, Madrid 1987.

García Morillo, Joaquín:

El Control Parlamentario. Tecnos, 1984, Madrid.

La responsabilidad política, Claves de razón Práctica, núm. 45, septiembre, 1994, págs. 32-44.

Algunos aspectos del control parlamentario, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 247-253.

Aproximación a un concepto del control parlamentario, En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 10, Monográfico. Estudios de Derecho Parlamentario, Madrid, 1986.

García Trevijano:

El Silencio Administrativo en el derecho español, Civitas, Madrid, 1990.

Algunos aspectos del control parlamentario, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 247-253.

Garrido Falla, Fernando:

Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid 1980.

Gil-Robles, José María

Control y Autonomías. Editorial Civitas, Madrid, 1986.

González Casanova, J.A.:



Teoría del Estado y Derecho Constitucional. 2 edición revisada. Vices Universidad, Barcelona 1983.

Labriola, Silvano:

La crisis del Parlamento desde la óptica italiana. En: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, págs 35-47.

Landa Arroyo, Cesar :

Derecho Político. Del gobierno y la oposición democrática, Fondo Editorial de la PUCP-CONCYTEC, Lima, 1990.

¿Quién legisla en el Perú?, En el Diario "La República", de fecha 24 de setiembre de 1990, en la página de Opinión.

López Aguilar, Juan Fernando:

Minoría y Oposición en el Parlamentarismo. Una aproximación comparativa, Monografías, Congreso de Diputados, Madrid 1991.

López Guerra, Luis:

La función de control de los parlamentos: problemas actuales, En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 233 - 247.

Introducción al Derecho Constitucional. Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

Loewenstein, Karl:

Teoría de la Constitución, 4º reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona 1986, pág. 619.

Lukes, Steven:

El debate sobre el declive del Parlamento británico. En: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, págs 23-35.

Lucas Verdú

Curso de Derecho Político, Vol. II, Tecnos Madrid, 1986.

Hauriou, André:

Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona, Ariel, 1980, pág. 130.

Hernández Martín, Valeriano:

Independencia del Juez y desorganización judicial, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Instituto APOYO

Agenda Parlamentaria. Volumen 1 Número 1, Lima, abril 1996.

Instituto Libertad y Democracia (ILD):

Democratización de las decisiones de gobierno. Publicado por el diario "El Peruano" el 28 de febrero de 1990.

Jiménez Campo, Javier:

El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativo, en: Revista de Derecho Político, núm. 10, enero de 1981, pág. 101-105.

Kelsen, Hans:

Esencia y valor de la democracia, Ediciones Guadarrama Colección Universitaria de Bolsillo. Punto Omega, Barcelona, 1977.

Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho, Ediciones Wisla, Lima, 1987.

Mazella, Andrea:

Las Cortes en el sistema constitucional español. Traducción de Miguel Sánchez Morón. En: La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García Enterría, 2º edic. Civitas, Monografías, Madrid, 1988.

Marienhoff, Luis

"Tratado de Derecho Administrativo", 1º edición, 3º reimpresión, Tomo I, Abedela - Perrot, Buenos Aires, 1964.

Melo Vega, Jorge:

Control Parlamentario, En: La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación. Francisco de Eguiguren Praeli, Cultural Cuzco S.A., 1987.

Mendoza Escalante, Mijail

Resumen de los principios constitucionales, en: Lecturas sobre Teoría Constitucional y Derecho Constitucional Peruano". Materiales de Enseñanza, Tomo I, Universidad Nacional de San Agustín UNAS, Arequipa, 1993, págs. 98 y ss.

Miroquesada Rada, Francisco:

Abuso de autoridad, En: Diario él "El Comercio", de fecha 18 de abril de 1997, pág. A2.

Molas Isidre e Ismael E. Pitarch:

Las Cortes Generales en el Sistema Parlamentario de Gobierno, Tecnos, Madrid 1993.

Montero Aroca, Juan:

Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso. Tecnos, Madrid, 1979.

J.R. Montero Gibert y J. García Morillo:

El Control Parlamentario. Tecnos, 1984, Madrid.

Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: notas sobre el control parlamentario y la responsabilidad política en la Constitución española", vol. Col. El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, págs. 203-299.

Oceano

Diccionario Oceano de Sinónimos y Antonimos, MCMXCII, Ediciones Oceano S.A., 1992, Colombia, 1992.

Ochoa Cardich, César:

El Régimen Jurídico del Silencio Administrativo, En: Revista "El Jurista", Lima, 1992, págs. 189-203

Ordoñez, Jaime:

Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político. Una aproximación teórica, En: Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.

Pacheco Barandiarán María del Rosario:

"Los decretos de urgencia en la Constitución Peruana". Tesis. PUC, Lima, 1996.

Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979. En: Revista Themis. Revista de Derecho. Segunda Época N° 6, Lima 1987.

Pareja, Carlos

El sueño del parlamentario propio. La compra apresurada de un modelo engañoso. En: Cuaderno del CLAEH N° 73-74, Montevideo, 2° serie, año 20, 1995/2-3 ISBN 0797-6062, Montevideo, Uruguay 1995, pág. 197 y ss.

Peces-Barba, Gregorio:

El papel del Parlamento en la democracia española, en: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981.

Los Valores Superiores, Tecnos, Madrid, 1994.

Pérez Ghilhou y otros:

Atribuciones del Congreso Argentino, Instituto de Estudios Constitucionales y Políticos, Depalma, Buenos Aires, 1986.

Pérez Guilhou Calderón:

El Poder Judicial. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Depalma, Buenos Aires, 1989.

Pérez Hualde, Alejandro:

Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y control en la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

Pérez Royo, Javier:

La actividad legislativa del Gobierno En: Garrarena Morales, Ángel (Editor) El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 209 - 217.

Tribunal Constitucional y División de Poderes, Tecnos, Madrid, 1988.

Piedad Pareja-Pflucker:

Atribuciones Constitucionales del Presidente de la República, Ediciones Rikchay Perú, 1987;

Pizarro Moreno, Manuel:

Control de normas de las Comunidades autónomas, En: I Jornadas de Derecho Parlamentario 21, 22 y 23 de marzo de 1984, Volumen II, Congreso de los Diputados, Monografías 3, Madrid 1985.

Planas Silva Pedro:

La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente, Seglusa Editores, Lima, 1993.

Rescate de la Constitución, Abril S.A. Editores e Impresores, Lima, 1993,

Decretos de urgencia y medias extraordinarias. Notas para una tipificación Revista "Ius et Veritas", Lima, Año IV, N° 7, 1993.

Derecho Parlamentario; Ediciones Forenses, Lima, 1997.

¿Cómo hacer operativo al Parlamento Peruano?. El Control Parlamentario, Transparencia y Opinión Pública. Ponencia del Seminario "Prensa y Poder Legislativo", Instituto Prensa y Sociedad y la Fundación Hanns Seidel, Lima, 1996.



Prats i Catalá, Joan:

Por unos Parlamentos al servicio de la democracia la eficiencia económica y la equidad social, En: "Reforma y Democracia", Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 1996, N° 6, págs. 71 y ss.

Quadra-Salcedo, Tomás:

La delegación legislativa en la Constitución. Estudios sobre sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría. Tomo I. El orden jurídico, Civitas, Madrid, 1991, 1º edición.

Quispe Correa, Alfredo:

Los decretos de urgencia, en el Dominical, suplemento del Diario "El Comercio" de fecha 9 de setiembre de 1990.

Real Academia Española

Diccionario de la Lengua Española, Vigésima primera edición, 2 tomos, Madrid, 1997.

Rodríguez Zapata, Jorge:

Teoría y Práctica del Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid 1996.

Roth, Joachim:

El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Series: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 12, CAJ, Lima, 1996, págs. 113-131.

Ruiz Del Castillo, Carlos:

Manual de Derecho Político, Reus, Madrid, 1939.

Rubio Correa, Marcial:

El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, 1988.

Rubio Llorente, Francisco:

La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Sáchica, Luis Carlos:

El Control de Constitucionalidad y sus mecanismos, 3º edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1988.

Sagües, Néstor Pedro:

Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino, En: Revista La Ley, del viernes 15 de noviembre de 1985, Buenos Aires.

Decretos de necesidad y urgencia: estado actual del problema. A propósito del decreto 2284/91 de desregulación económica y su complementario 2424/91) En: Revista La Ley, Tomo 1992-B, Buenos Aires 1992.

Formas de gobierno: aproximaciones a una teoría del control parlamentarios sobre el Poder Ejecutivo, En: Formas de gobierno: Relaciones Ejecutivo-Parlamento. Lecturas Constitucionales Andinas 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993.

Salas, Javier:

Los decretos - leyes en la teoría y en la práctica constitucional, En: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría", Tomo I, El ordenamiento jurídico, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.

Sánchez Agesta, Luis:

Principios de Teoría Política. Editorial de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, pág. 533.

Sánchez Navarro, Angel:

Las minorías en la estructura parlamentaria, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.

Santaolalla, Fernando:

Derecho Parlamentario Español. Editora Nacional Cultura y Sociedad, Madrid 1983.

La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional", en: Revista de las Cortes Generales, núm. 12, tercer cuatrimestre de 1987.

Santolaya, Pablo:

El régimen constitucional de los Decretos Leyes, Tecnos, Madrid, 1988.

Sartori, Giovanni:

Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo. Alianza Editorial, Madrid 1988.

Elementos de Teoría Política, FCE, Madrid, 1996.

Schmitt Carl:

Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

Sóle Tura, Jordi y Miguel Angel Aparicio:

Las Cortes Generales en el sistema constitucional, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 207-208.

Democracia y eficacia en las Cortes españolas de la transición. En: Parlamento y Democracia. Problemas y perspectivas en los años, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1981, págs 93-109.

Stein, Torsten:

Criterios de interpretación de la Constitución. En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. Series: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 12, CAJ, Lima, 1996, págs. 131-143.

Torres y Torres Lara, Carlos:

Los decretos de urgencia, Studium, Lima, 1991.

Valle Riestra, Javier:

Facultades Delegadas. Indemnización a la oligarquía. Discursos Parlamentarios, Editora Atlántida, Lima, 1980.

Velazco Lozada, Ana Rosa Albina.

La Constitución de 1979: Atribuciones legisferantes de los órganos ejecutivo y legislativo, Lima, 1988, Tesis, PUC.

Vergottini Guisepppe:

Derecho Constitucional Comparado; Espasa-Calpe, Madrid, 1983. Segunda parte, Capítulo II, Sección II, Literal B.

## ANEXOS

### Documentos legislativos

- Proyecto de ley 1514/83-S, presentado por el Senador Enrique Bernales el 2 de agosto de 1983 y Dictamen en mayoría del Senado de la República de fecha 21 de setiembre de 1983.
- Proyecto de Ley presentado por la Bancada de Diputados del PPC, encabezados por Alberto Borea, el 15 de abril de 1987, con el número 1177-87.
- Proyecto de Ley presentada por el Diputado Joffre Fernández Valdivieso, el 13 de setiembre de 1988, con el número N° 1934, denominado "Régimen General de los Decretos Presidenciales de Urgencia".
- Proyecto de Ley de Bernales N° 11/90-S, del 8 de agosto de 1990.

- Proyecto de Ley de Ulloa, Acurio y Arroyo N° 143/90-S, de fecha el 26 de mayo de 1987.
- Proyecto de Ley de Borea Odría N° 420/90-S, de fecha 14 de setiembre de 1990.
- Proyecto de Ley de Roger Cáceres Velázquez N° 2428/88-S, de fecha, 23 de mayo de 1989
- Proyecto de Ley de Roger Cáceres Velázquez N° 617/90-S, de fecha 2 de octubre de 1990
- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de diciembre de 1995. Primera Legislatura.
- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 13 de febrero de 1996. Primera Legislatura de 1995.
- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 12 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995.
- Transcripciones Magnetofónicas del Diario de los Debates de la sesión de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, realizada el 19 de marzo de 1996. Segunda Legislatura de 1995.
- Intervención de la Doctora Lourdes Flores Nano, en la sesión matinal del 29° A-1, del Congreso Constituyente Democrático, realizada el miércoles, 04 de agosto de 1993.
- Intervención de Roger Cáceres, en la sesión matinal del 29° A-1, del Congreso Constituyente Democrático, realizada el miércoles, 04 de agosto de 1993.
- Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 1997 15ª A Sesión Jueves, 14 de mayo de 1998

### Dictámenes

- Dictamen de la Comisión de Constitución de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, recaído en los proyectos de ley presentados por Alberto Borea con el N° 1177 y Joffre Fernández con el N° 1934, referidos a las medidas extraordinarias de que trata el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política.



- Dictamen de fecha 17 de octubre de 1990, evacuado por el Senado, de los proyectos 11/90-S, 143/90-S, 426/90-S y 617/90-S de los proyectos por los cuales se legisla acerca de cómo debe desarrollar el Poder Ejecutivo las facultades que le confieren los artículos 132 y 221 inc. 20.
- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de ley aprobado por el Senado de fecha 3 de octubre de 1991.
- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Senadores en minoría, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 22 de enero de 1992, emitida el los senadores Roger Cáceres y Julián Bustamante.
- Dictamen de la Comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Senadores, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 22 de enero de 1992.
- Dictamen de la comisión de Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento de la Cámara de Diputados, respecto de la observación presidencial al Proyecto de Ley de control parlamentario de los Actos Normativos del Presidente de la República de fecha de fecha 29 de enero de 1992.
- Dictamen en minoría de la comisión de constitución y reglamento sobre los decretos de urgencia y decretos legislativos expedidos por el poder ejecutivo desde julio de 1995 hasta el 31 de julio de 1997, presentado el 29 de setiembre de 1997, por el Congresista Carlos Chipoco Cáceda, en su calidad de miembro de la Subcomisión.
- Informe de la Subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 28 de mayo de 1996, suscrita por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles, donde se analizan 36 de decretos de urgencia (del 045-95 al 034-96) y 67 decretos legislativos (del 827 al 893)
- Informe de la Subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 9 de diciembre de 1996, suscrito por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles, donde se analizan 55 decretos de urgencia (del 035-96 al 089-96) y el Decreto Legislativo 894.

- Informe de la Subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 2 de julio de 1997, suscrito por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles, donde se analizan 92 decretos de urgencia (del 090-96 al 053-979).
- Informe de la Subcomisión de Constitución y Reglamento encargada de estudiar y analizar los decretos de urgencia y decretos legislativos, de fecha 3 de febrero de 1998, suscrito por Ricardo Marcenaro y Jorge Trelles, donde se analizan, 60 decretos de urgencia (054-97 al 114-97).
- Informe presentado del congresista Jorge Trelles el 11 de febrero de 1998, en su calidad de Presidente de la Subcomisión revisora de las acusaciones constitucionales, a propósito de una acusación constitucional presentada por el congresista Javier Alva Orlandini contra los Ministro de Economía y Defensa.

#### Fuentes Normativas

María Isabel Alvarez Vélez y María Francisca Alcón Yustas:

Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea. Textos y Comentarios, Dykinson, Madrid, 1996.

Las Constituciones Latinoamericanas, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 20 tomos, México, 1994.

Jorge de Esteban (Edit)

Normas Políticas de España, Tecnos, Madrid 1983.

- Constitución Política del de Perú de 1933
- Constitución Política del Perú de 1993
- Reglamento del Congreso de la República de 1995
- Ley 25397 "Ley de control de actos normativos del Presidente de la República"
- Ley del Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo N° 560, publicado el 29 de marzo de 1990.
- Ley N° 14953 del 10 de marzo de 1964
- Ley N° 16701 del 31 de octubre de 1967
- Ley N° 17044 del 20 de junio de 1968.

## Otras fuentes bibliográficas

- Oficio N° 072-DL, de fecha 2 de noviembre de 1990 remitido por la Presidencia del Senado al Presidente de la Cámara de Diputados, comunicando que el 31 de octubre de 1990 se aprobó un proyecto de ley que establece el procedimiento para los casos en que la Constitución ordena al Poder Ejecutivo dar cuenta al Congreso de los actos que realiza o de las normas jurídicas que promulga.
- Oficio 024-97-PR de fecha 21 de febrero de 1997 remitido por el Presidente de la República Alberto Fujimori y el Presidente del Consejo de Ministros Alberto Pandolfi al Presidente del Congreso de la República, conteniendo el proyecto de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- Oficio 038-97-PR remitido al Presidente del Congreso Víctor Joy Way por el Presidente de la República Alberto Fujimori y el Primer Ministro Alberto Pandolfi, de fecha 2 de abril de 1997 comunicando la expedición de los D.U. 029-97-PR, 030-97-PR y 031-97-PR.
- Oficio N° 005-92-PR dirigido por el Presidente de la República al Presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República, de fecha 7 de enero de 1992.
- Oficio N° 011/2, de fecha 23 de enero de 1992, dirigido por el Presidente del Senado al Señor Presidente de la Cámara de Diputados, insistiendo en la autógrafa de la Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República.
- Oficio N° 313-97-PCM/DM de fecha 2 de setiembre de 1997 dirigido al Congresista Ricardo Marcenaro por el Presidente del Consejo de Ministros, informando sobre las razones que han motivado la expedición de diversos decretos de urgencias.
- Acción de Inconstitucionalidad, contra el Decreto de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97, presentada por el Defensor del Pueblo el 1 de octubre de 1997, Registro N° 005-97-T/TC.
- Acusación constitucional presentada el 3 de setiembre de 1997, por el Congresista Alva Orlandini contra los Ministros de Economía y Finanzas y de Defensa por suscribir un decreto de urgencia que exoneraba de Licitación Pública.