

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU
Facultad de Derecho

DIVERSOS TIPOS DE INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS
CON FUERZA DE LEY

Tesis presentada para optar
el Grado de Bachiller en Derecho

Milagros Campos Ramos

Lima, noviembre de 1990

INDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCION | I |
| CAPITULO I : LA CONSTITUCION PERUANA; ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO FORMA REPUBLICANA DE GOBIERNO, GOBIERNO DESCENTRALIZADO | 1 |
| 1.1 El Principio de la Separación de Poderes en los Regímenes Democráticos | 1 |
| 1.2 Modelo de la Constitución Política de 1979 | 6 |
| 1.2.1 Principios | 6 |
| 1.2.2 Fortalecimiento del Poder Ejecutivo | 17 |
| 1.2.3 Régimen Presidencial o Parlamentario | 21 |
| 1.2.4 Estructura del Estado | 25 |
| 1.3 Poder Legislativo y Función Legislativa | 27 |
| CAPITULO II: EL SISTEMA LEGISLATIVO PERUANO | 40 |
| 2.1 La Legislación como fuente de Derecho | 40 |
| 2.2 El Concepto de Ley en la Constitución Política del Perú | 42 |
| 2.2.1 Ley en Sentido Formal y Ley en Sentido Material | 48 |
| 2.3 El Sistema Legislativo | 53 |
| 2.4 Normas con Rango de Ley | 59 |
| 2.4.1 La fuerza de la Ley | 60 |
| 2.4.2 Reserva de Ley | 65 |

| | |
|---|-----|
| CAPITULO III: CLASIFICACION DE LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY | 80 |
| 3.1 Leyes del Congreso | 81 |
| 3.1.1 Leyes Ordinarias | 83 |
| 3.1.2 Leyes Orgánicas | 105 |
| 3.1.3 Leyes Interpretativas de la Constitución | 118 |
| 3.1.4 Leyes Marco o de Bases | 125 |
| 3.1.5 Resoluciones Legislativas | 129 |
| 3.2 Normas con Fuerza de Ley que expide el Poder Ejecutivo | 130 |
| 3.2.1 Actividad Legislativa del Poder Ejecutivo | 130 |
| 3.2.2 Decretos Legislativos | 134 |
| 3.2.3 Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera | 157 |
| 3.2.4 Decretos Leyes | 196 |
| 3.3 Otras Normas con Fuerza de Ley | 201 |
| 3.3.1 Leyes Regionales | 202 |
| 3.3.2 Ordenanzas Municipales | 239 |
| CAPITULO IV: PRINCIPIOS ORDENADORES DEL SISTEMA LEGISLATIVO | 252 |
| 4.1 Principio de Supremacía Constitucional | 252 |
| 4.2 Principio de Jerarquía | 253 |
| 4.3 Principio de Competencia | 256 |
| 4.4 Principio de Prevalencia | 267 |
| 4.5 Principio de Unidad | 268 |
| 4.6 Otros Principios que regulan conflictos dentro de un mismo grado jerárquico | 270 |
| CONCLUSIONES | 273 |
| BIBLIOGRAFIA | 288 |

INTRODUCCION

La promulgación, hace once años de una nueva Carta Política después de doce años de gobierno militar, la sucesión de dos gobiernos elegidos democráticamente, el ejercicio de la libertad de prensa y de opinión, la incorporación de nuevos instrumentos legislativos al sistema jurídico; la acción de amparo y el proceso de regionalización entre otros factores han contribuido a desarrollar un gran interés por el Derecho Constitucional en los últimos años.

Gran parte de las innovaciones de la Constitución de 1979 inciden en la función legislativa. Observamos, sin embargo, que la incorporación de instituciones como la delegación de facultades legislativas, leyes orgánicas, medidas extraordinarias en materia económica y financiera han presentado problemas y desconcierto por su escasa regulación constitucional y la omisión del Congreso en precisar sus alcances.

Se ha roto el esquema tradicional en el que el Congreso era el único órgano encargado de legislar y del que emanaban las normas con rango de ley. Hoy, el Poder Ejecutivo legisla y se hace necesario dentro del modelo constitucional que consagra el principio de distribución del poder, fundamental en un sistema democrático, que el Congreso realice un control eficaz sobre la actividad legislativa del Poder Ejecutivo.

El reparto de competencias legislativas que realiza la Constitución entre los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y el Gobierno Central no es claro. No hay un marco teórico sobre el cual puedan desarrollarse conjugando los principios de constitucionalidad y jerarquía, contenidos en diversas normas constitucionales con reglas derivadas de la distribución de competencias.

Al empezar el trabajo de investigación, lo hicimos con la idea que el Congreso debería abordar estos temas desarrollándolos. Hoy tenemos la certeza que debe legislar precisando conceptos y competencias.

Es por ello que motivados por la necesidad de definir los alcances de los diversos instrumentos legislativos con fuerza de ley, su naturaleza jurídica, la determinación de las competencias legislativas, con la finalidad de lograr una mejor técnica legislativa,

nos avocamos a una clasificación de ellos en el ordenamiento jurídico peruano. Hemos desarrollado adicionalmente algunas instituciones y principios que contribuyen a dar un marco global y coherente sobre la función legislativa.

Creemos estar aportando en una tarea que consideramos indispensable en un sistema democrático, claridad en la naturaleza y producción de las fuentes legislativas.

CAPITULO I

LA CONSTITUCION PERUANA: ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

1.1 EL PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES EN LOS REGIMENES DEMOCRATICOS

La necesidad de limitar el poder de los gobernantes para garantizar la libertad de los gobernados ha sido una preocupación de todas las épocas. Evitar el ejercicio abusivo del poder y la arbitrariedad ha sido una conquista de los pueblos democráticos.

El principio de la separación de poderes tiene en esta idea que precede su fundamento. Montesquieu plantea el peligro de la concentración del poder de la siguiente manera:

"Cuando se reúnen en una misma persona o en el mismo cuerpo de la magistratura la potestad legislativa y la potestad ejecutiva, no existe libertad, ya que cabe el temor de que el mismo monarca y el mismo Senado puedan hacer leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente".(1)

La historia enseña como no se ha concebido un sistema democrático sin separación de poderes. Al hablar de separación de poderes de ninguna manera debe pensarse en distintos poderes dentro del Estado. El Estado es una unidad con distintas funciones encargadas a órganos diferenciados, por ello, más propio es hablar de separación de funciones.

Al sostener Montesquieu que la libertad se garantiza si el poder detiene al poder, en su pensamiento está latente la idea de distribución del poder y control político hoy vigentes y necesariamente presentes en los sistemas democráticos. Karl Loewenstein nos dice que la separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político(2).

(1) HARIQU, A.; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas"; p. 262.

(2) LOEWENSTEIN, K.; "Teoría de la Constitución"; p. 55.

Sobre la vigencia del principio de la separación de poderes hay distintas opiniones. De hecho los autores no han interpretado en forma uniforme el pensamiento de Montesquieu.

Algunos consideran que Montesquieu planteó una separación rígida entre los poderes del Estado sin interferencia entre ellos. Esta fue la interpretación unánime de los lectores contemporáneos del autor. De allí que las Constituciones de finales del Siglo XVIII como la americana de 1787 o la francesa de 1791 establecen una separación orgánica de las funciones del Estado.

El autor argentino Pablo Ramella sostiene que el error de los críticos del principio de la división de poderes estriba en creer que se preconiza una separación absoluta de tales poderes. Hariou encuentra que Montesquieu admite una cierta colaboración entre los poderes al afirmar que éstos "se verán forzados a concertarse".

En cualquiera de sus expresiones, separación de funciones (Carré de Malberg), distinción de poderes (Schmitt), distribución de poderes (Kelsen), división de funciones e integración de poderes (Pareja Paz

Soldn), autonomía de poderes, división de funciones estatales entre los distintos órganos del Estado, la idea de la separación de poderes como garantía de la libertad individual se encuentra presente en la mayoría de las Constituciones Políticas. Se alude a una exigencia en los estados democráticos, a saber, la distribución del poder entre los distintos órganos del Estado, excluyendo como posibilidad el ejercicio técnico del poder, propio de los regímenes autocráticos.

Karl Loewenstein clasifica a los Estados según esté el poder político concentrado o distribuido y controlado entre los distintos órganos estatales. Los divide en dos grandes sistemas políticos, el constitucionalismo y la autocracia. Dentro de ellos es posible encontrar diversos tipos de gobierno.

El Estado Constitucional ha sido definido por el autor como aquél que "se basa en el principio de la distribución del poder"(3). La distribución del poder, entre los diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y control a través de los checks and balances -frenos y contrapesos(4).

(3) LOEWENSTEIN, K.; Op. cit., p. 50.

(4) Ibid., p. 469.

"¿Cómo puede limitarse el ejercicio del poder? Pues sólo con otro atributo de poder político que le pueda ser opuesto. En consecuencia la esencia política de las normas constitucionales queda al descubierto, pues por ella se distribuye, controla y ejerce el poder político (...). Por ellos es que en un sentido ontológico se deber considerar como telos de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político..." (5)

Dentro de los sistemas políticos es factible encontrar diversos tipos de gobierno. Así la democracia constitucional o el constitucionalismo puede darse en los gobiernos de democracia directa, parlamentarismo, presidencialismo y en todo aquel que se den las características de separación de podere y control del poder político.

Loewenstein añade que el constitucionalismo caracteriza a una sociedad estatal basada en la libertad e igualdad y que funciona como Estado de derecho.

(5) QUIROGA LEON, Anibal; "El Modelo de la Constitución de 1979"; En: La Constitución 10 años después; p. 35.

Contraponen al Estado Constitucional el autocrático donde existe un sólo detentador del poder. No existe control efectivo. Advierte que bajo la estructura de un Estado constitucional con sus respectivas instituciones, puede esconderse un gobierno autocrático.

1.2 MODELO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1979

No pretendemos agotar este tema que de por sí es muy amplio por todos los aspectos que involucra. Nos interesa determinar el modelo del sistema político que eligen los constituyentes de 1979.

1.2.1 Principios

De la lectura del preámbulo de la Constitución, de los artículos 4°, 79° y del Título IV relativo a la Estructura del Estado, podemos concluir que los constituyentes optan por un sistema constitucional en el que el poder se distribuye en diversos órganos

previando el control político entre los detentadores.
"El Perú es una república democrática y social"; un
Estado social y democrático de derecho.

El principio republicano, como tipo de gobierno,
excluye la monarquía y es una tradición en la historia
peruana.

Entendemos por *república democrática* un régimen
donde estén garantizadas las libertades, donde existan
elecciones periódicas originadas en la soberanía
popular y, en el que se viva un Estado de Derecho
-sometimiento de gobernantes y gobernados al imperio de
la ley.

El autor español Angel Garrorena señala que es
presupuesto cardinal y básico del Estado de Derecho que
surge tras la Revolución Francesa la interdicción de la
arbitrariedad "... y la paralela sumisión de toda
actividad estatal al imperio de la ley"(6).

El complejo concepto de Estado de derecho tiene
para nosotros una connotación específica que es la que
recoge Carlos Sánchez Viamonte:

(6) GARRORENA, A.; "El lugar de la ley en la
Constitución Española", p. 20.

"La democracia expresada en lenguaje jurídico, es el Estado de derecho (...). La expresión "Estado de derecho" significa que la comunidad humana se halla sometida toda ella, sin excepción, a normas fundamentales, cuya vigencia excluye, en principio la arbitrariedad" (7).

En efecto, la construcción escalonada del orden jurídico constituye una garantía en tanto todas las normas son producidas de acuerdo a los procedimientos establecidos constitucionalmente.

Ahora bien, el Estado social de derecho debe, entre otras cosas, apuntar no sólo a la forma de producción del derecho sino al contenido de justicia de esas normas.

El concepto de Estado Social de Derecho representa un matiz en el concepto de Estado de derecho que está destinado a garantizar la libertad. El principio de igualdad se integra a este concepto a fin de que se den las condiciones en la sociedad para elevar el nivel de vida a través de normas relativas a la educación, salud y trabajo. En este sentido, la constitucionalización de algunos derechos para los trabajadores representan un

(7) SANCHEZ VIANONTE, C. "El constitucionalismo y sus problemas", pp. 21 y ss.

paso en el camino hacia la consolidación de este Estado social y democrático de derecho.

Marcial Rubio y Enrique Bernales sostienen que,

"... el Estado Social de Derecho recoge el elemento de la constitucionalidad y la defensa de los derechos que tenía el Estado de Derecho, pero a ellos añade una concepción del estado como promotor del bien común"(8).

De acuerdo al Artículo 79° de la Constitución, el gobierno peruano es unitario, representativo y descentralizado. "La descentralización consiste en la transferencia de funciones y la correspondiente facultad de decisión en los aspectos políticos, económicos, administrativos, del centro a la periferia". "La descentralización político-administrativa constituye el establecimiento de entidades regionales y locales con autonomía política y representativa."(9)

El autor Juan Ferrando Badía ha distinguido entre tres formas jurídicas de Estado, a saber, el Estado

(8) RUBIO, M. y BERNALES, E.; "Constitución y Sociedad Política", p. 230.

(9) Plan Nacional de Regionalización, Ley N° 23878, 1.2.

Federal, el Estado Regional y el Estado Unitario.(10)

El Estado Unitario es aquél en el cual una pluralidad de órganos ejercen el poder unitario del Estado, todas las funciones y atributos pertenecen a un titular que es la persona jurídica-estatal. Hay diversas clases de Estados Unitarios según exista centralización o descentralización de funciones. La centralización supone el ejercicio de una actividad de manera exclusiva y total por un órgano u órganos centrales o eventualmente por órganos no centrales pero sometidos a una autoridad jerárquica basada en la superioridad de aquellos. En el Estado Unitario hay omnipresencia administrativa a través de las autoridades representativas. El Estado unitario es complejo cuando operan acciones de desconcentración o descentralización administrativa.

La desconcentración consiste para M. Duverger, en transferir el poder de decisión de las autoridades centrales a los representantes locales que nombran

(10) FERRANDI BADIA, J.; "Estado Unitario, Federal y Regional"; pp. 40 y ss.

ellas mismas y que son dependientes de las autoridades centrales(11).

La descentralización se da cuando "la dirección de una actividad corre a cargo de una pluralidad de órganos no centrales"(12). La descentralización puede darse en las diversas funciones que realice el Estado. Al involucrar la descentralización administrativa dentro del proceso de regionalización aludimos a una misma forma jurídica del Estado. Sin embargo, si la descentralización es política se alude a un Estado regional o federal, "en cuanto engloba una serie de instituciones con personalidad jurídica, pero estas no aparecen separadas políticamente del propio Estado ni poseen vida autónoma completa, sino que dependen -más o menos, según se trate del Estado regional o del federal- de la institución central"(13).

El autor Santiago Muñoz Machado así como Juan Ferrando Badía señalan a Ambrosini como el primero en distinguir entre los Estados unitarios y los federales a un tercer tipo, el Estado regional como un "tipo

(11) Citado por Ferrando Badía, J.; op. cit.; p. 46.

(12) Ibid.; p. 45.

(13) Ibid.; p. 47.

intermedio entre el unitario y el federal caracterizado por la autonomía regional"(14).

Para otros autores el regionalismo constituye una variante del Estado unitario o una forma de Estado federal.

Ferrando Badía ha desarrollado tres conceptos para diferenciar tres formas jurídicas de Estado:

- a) **Autarquía:** Se caracteriza por el ejercicio de una potestad administrativa igual a la realizada por el Estado. Esta potestad se ejerce para ejecutar leyes estatales. Se basa en la existencia de personas jurídicas descentralizadas de Derecho Público. Corresponde este concepto a las formas de Estado unitarios descentralizadas en lo administrativo.

- b) **Autonomía:** "La esencia de la autonomía radica en la potestad que tiene un ente público de promulgar leyes en sentido material(...) destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal"(15).

(14) Ibid.; p. 40.

(15) VIRGA, F.; "La Regione"; pp. 9 y 10; citado por Ferrando Badía, J.; op. cit.; p. 167.

Este concepto supone competencias legislativas, descentralización política. La potestad legislativa debe exceder lo administrativo y debe existir una esfera propia exenta de instrucciones específicas (16), hay un grado alto de capacidad de dirección política(17).

Este concepto corresponde a las formas de Estado regional. El autor Santiago Muñoz sostiene que este concepto es propio de los ordenamientos secundarios porque en los originarios lo que existe es soberanía.(18)

- c) **Estado-miembro:** Este concepto corresponde a los Estados federales. El Estado miembro goza de autonomía constitucional, sin embargo deben observar las normas de la Constitución federal.

El autor italiano Virga define la región como "una entidad pública territorial dotada de autonomía legislativa". Su personalidad no es ni originaria ni soberana, su potestad normativa y administrativa es

(16) FERRANDO BADIA, J.; "Federalismo y Regionalismo"; p. 339.

(17) MUÑOZ MACHADO, S.; "Derecho público de las Comunidades Autónomas"; p. 171.

(18) Ibid.; pp. 170 y ss.

limitada. La región dice Ferrando Badía, es una entidad autónoma y autárquica, en cuanto no solo crea leyes que tienen eficacia normativa en los límites de la propia competencia, sino que también lleva a cabo sus propios fines mediante una actividad administrativa.

A partir de la Constitución Política de 1979 y del Plan Nacional de Regionalización podemos definir las regiones como "una unidad geográfica, económica-histórica, cultural y administrativamente integrada. Es una unidad intermedia para hacer operativo el desarrollo y organización del territorio entre el nivel nacional y el ámbito local, así como de administración entre el gobierno central y el municipal".

El proceso de regionalización se plantea como un reto, un medio para el desarrollo y para avanzar de una democracia representativa a una democracia directa de mayor participación de los ciudadanos.

La Regionalización como aspiración para la descentralización como medio de desarrollo no es novedosa en la historia del Perú. De hecho, desde el siglo pasado se realizaron diversos intentos a través de las Constituciones de 1828, 1873 ó 1886. En el presente siglo también se han formulado algunos

proyectos. El más reciente fue el de la Constitución de 1933. Los Consejos Departamentales sin embargo, no llegaron a funcionar, como no funcionaron los diversos modelos planteados en las Constituciones antes mencionadas.

Históricamente y pese a los ensayos diversos de descentralización, el Perú ha tenido una forma unitaria y centralizada de Estado. Se trata ahora de "modificar el carácter de un estado unitario centralista a un estado unitario descentralizado, mediante la transferencia de competencias, funciones y recursos del nivel central al nivel regional sin romper la unidad de gobierno"(19).

De lo expuesto, podemos concluir que el proceso de regionalización del Estado nos está alejando de un modelo rígido de Estado unitario hacia uno de naturaleza distinta, regido por los principios de autonomía y autarquía dentro de los límites que la

(19) Plan Nacional de Regionalización. Ley N° 23878, 6.2.

Constitución y las Leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad (20) señalen.

"Los Gobiernos Regionales gozan de autonomía política, económica y administrativa, con sujeción a las competencias del Gobierno Central, en cuanto a la formulación y supervisión de la política de carácter nacional"(21). "Si bien los gobiernos regionales tienen autonomía política, ésta es limitada dentro de la concepción de gobierno unitario y el ejercicio de su autonomía, esta supeditada a su armonización con las competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.(22)

Los Gobiernos Regionales son organismos políticamente descentralizados y gozan de autonomía para la toma de decisiones en materia normativa y ejecutiva, así como en lo económico y administrativo. Sin embargo, como se desprende del análisis de

(20) El concepto de Bloque de Constitucionalidad alude a "los instrumentos normativos que, junto con la Constitución misma y como complemento de esta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia...". Muñoz Machado, Santiago; op. cit.; t.1, pp. 345 y 346.

(21) Plan Nacional de Regionalización. Ley N° 23878, Título VI, 6.2.

(22) Título V, 5.1.

competencias de los Gobiernos Regionales, su autonomía política está sujeta a expresa delegación de competencias del Poder Ejecutivo según lo establecido por la Constitución (23).

Dentro de la conjugación de estos principios "Estado de derecho"ó "forma republicana de gobierno"; "Estado social y democrático de derecho"; "Gobierno unitario, representativo y descentralizado", es posible configurar distintos tipos de gobierno con las instituciones constitucionales.

1.2.2 Fortalecimiento del Poder Ejecutivo

El Estado Contemporáneo se caracteriza por el declinar del Parlamento y un auge del Poder Ejecutivo. Este hecho se observa aún en países cuyo tipo de gobierno ha sido tradicionalmente el parlamentario.

El aumento y la diversificación de actividades que desarrolla el Estado para satisfacer las demandas de los servicios públicos, su rol empresarial, capacidad gerencial y alto conocimiento técnico que facilita la

(23) Título VII.

toma de decisiones para solucionar rápidamente los problemas que se plantean, la disposición de la fuerza pública, son hechos que han contribuido al fortalecimiento del Poder Ejecutivo en desmedro del Poder Legislativo, el que por lo demás no reúne las condiciones para dirigir la marcha del país.

La lentitud propia de su método de trabajo, las largas y tediosas discusiones y la falta de conocimientos técnicos en muchos casos son razones suficientes que colocan al Parlamento en desventaja para realizar las actividades que hoy viene realizando el Poder Ejecutivo. Podemos afirmar que es en este Poder del Estado en el que se gestan las decisiones más importantes, donde recae finalmente el peso de la marcha del Estado.

José Pareja Paz Soldán explica este fenómeno del Estado moderno mediante una analogía:

"Así como en las poderosas multinacionales y en los grandes imperios económicos privados hay miles de empleados que programan y analizan las cuestiones, redactan informes y trazan esquemas, al final y en el interior de su vasta estructura, hay un hombre solo, llámese Presidente del Directorio, Director Gerente, etc. -que es el que toma la decisión sustancial.

Igual ocurre con nuestro estado contemporáneo".(24)

Burdeau comenta que la constatación del ocaso de las Asambleas Parlamentarias es tema trivial en la literatura política(25).

Loewenstein opina que la primacía del Poder Ejecutivo es consecuencia de los tiempos de crisis en que vivimos. Observa que en tiempos de normalidad tiende a incrementarse el peso del Parlamento; sin embargo, desde finales del siglo XIX el mundo ha estado en una crisis ininterrumpida. El resultado final ha sido el fortalecimiento de los gobiernos y el debilitamiento del Parlamento(26).

El Perú no permaneció ajeno a este proceso. La Constitución de 1979 fortalece al Poder Ejecutivo ampliando sus facultades, y corrige el parlamentarismo de la Constitución de 1933.

(24) PAREJA PAZ SOLDAN, J.; "El Régimen Presidencial en la Constitución de 1979", en Derecho, No. 35. p. 158.

(25) BOURDEAU, G.; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", p. 728.

(26) LOEWENSTEIN, K.; Op. cit., p. 92.

Entre las atribuciones que tiene el Poder Ejecutivo en la Constitución de 1979 está la posibilidad de dictar decretos legislativos, medidas en materia económica y financiera, celebrar tratados sin intervención del Parlamento en materias de su propia competencia, regular aranceles, indultar y conmutar penas, ser Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, disolver la Cámara de Diputados si le censuran a tres gabinetes; igualmente, si el Congreso no lo hace hasta el 15 de diciembre, promulga la Ley de Presupuesto. Adicionalmente mantiene la mayor parte de las atribuciones contenidas en la anterior Carta Política.

La Constitución escrita y la real han configurado un Poder Ejecutivo fuerte. Se trata evidentemente de un sistema democrático donde se distinguen distintos órganos en los que está repartido el Poder, el mismo que debe ser controlado por las instituciones creadas para tal fin, de forma tal que el modelo no se desnaturalice.

En los últimos años hemos asistido a un peligroso predominio del Poder Ejecutivo. No estamos en contra de la configuración de un Poder Ejecutivo fuerte; creemos que reúne las condiciones para resolver los problemas en forma eficiente y rápida. Sin embargo, el Parlamento

debe balancear este poder del Ejecutivo desarrollando un control eficaz, evitando que el poder político quede concentrado en un órgano.

1.2.3 Régimen presidencial o parlamentario

Nuestro país se ha caracterizado por tener un régimen presidencial, aún cuando, las normas estaban dadas durante la vigencia de la Constitución de 1933 para que se ejerza el poder en un sistema parlamentario.

Esta opinión es manifestada por Juan Vicente Ugarte del Pino(27), quien considera que en el Perú la estructura del Poder Político ha sido fuertemente presidencial hasta la Constitución de 1933. El parlamentarismo de esta carta no logró cambiar la tradición presidencialista, más bien fue en palabras de José Pareja Paz Soldán "un factor de perturbación política"(28).

(27) UGARTE DEL PINO, J.V.; "Historia de las Constituciones", p. 602.

(28) PAREJA PAZ SOLDAN, J.V.; "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979"; p. 158.

En el Perú "el poder de gobernar ha correspondido frecuentemente a un hombre solo: Bolívar, Gamarra, Santa Cruz, Castilla, Piérola y en época reciente Leguía, Sánchez Cerro, el Mariscal Benavides, Manuel Prado, Odría, Velasco... el Jefe del Estado es el verdadero líder del país"(29).

Nuestro sistema ha sido calificado como neo-presidencialista por Alfredo Quispe Correa(30) quien señala que el Presidente tiene suficientes poderes para conducir la vida política y administrativa del Estado y la planificación nacional. Otros como Luis García Barreto opinan que se trata de un sistema semi-presidencial inspirado en el de la Quinta República Francesa(31). Enrique Chirinos Soto sostiene que se trata de una combinación entre el régimen parlamentarista y presidencialista, califica a Alan García un presidente presidencial, como lo fue Charles de Gaulle. Roberto Ramírez del Villar lo define como esencialmente presidencialista(32).

(29) Ibid.; p. 202.

(30) Ibid.; p. 182.

(31) GARCÍA BARRETO, L.; "La delegación de facultades legislativas al Ejecutivo en la Constitución de 1979, Ley 23230"; p. 438.

(32) Ibid.; p. 42.

Entre los constitucionalistas peruanos tal vez quien ha defendido con más argumentos la tendencia hacia el presidencialismo, desechando la doctrina del Parlamento Primer Poder del Estado ha sido José Pareja Paz Soldán. La primacía del régimen presidencial, dice, está en la esencia misma de nuestra vida republicana y en el imperativo de unidad nacional, y responde a la más auténtica tradición del Derecho Constitucional Americano(33). Señala que la tesis de la primacía del Parlamento es en su concepto insostenible. Entre sus argumentos cita el hecho que en todos los países democráticos el rol e influencia del Parlamento ha declinado en favor del Poder Ejecutivo; que la tesis carece de base constitucional, que el Parlamento es un órgano esencialmente deliberativo sin funciones de dirección y administración, y finalmente, que el receso parlamentario en períodos tan prolongados es incompatible con la rápida solución de los problemas que se plantean.

Dentro de este contexto resulta curioso que en la Asamblea Constituyente se insistiera en la teoría del Parlamento como Primer Poder del Estado. Enrique Chirinos Soto defendió a nombre del Partido Aprista

(33) PAREJA PAZ SOLDAN, J.; "Derecho Constitucional", p. 202.

esta doctrina colocando dentro de la Estructura del Estado, al Poder Legislativo al frente del Poder Ejecutivo y del Judicial como primus inter pares. El Congreso, dijo en la intervención que citamos, es el primer poder del Estado, por razón ante todo de su investidura. El Congreso es elegido por la totalidad del cuerpo electoral; lo es igualmente por razón de sus funciones, pues la función de legislar es la más importante entre todas las funciones del Estado, principalem actus regis, la llamó parafraseando a Santo Tomás de Aquino(34).

Consideramos que la discusión, importante a nivel teórico, se da a dos niveles distintos. La trascendencia del Parlamento como institución dentro de los regímenes democráticos es indiscutible, sin embargo, el rol protagónico lo tiene sin lugar a dudas el Poder Ejecutivo.

Jorge Melo no ve que el modelo de la Constitución Peruana de 1979 esté definido en forma clara. Para él, se trata de un sistema sui generis que tiene partes de todos los modelos, partes que no se encuentran perfectamente estructurados. Nuestro sistema, dice en

(34) Actas del Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, Tomo VII, p. 192.

otra oportunidad, es un híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo, que requiere ser desarrollado(35).

José Pareja Paz Soldán define el modelo de la Constitución de 1979 como un sistema neo-presidencial, el ejecutivo es en este modelo el órgano superior y mayestático porque ejerce la dirección política, gubernamental, administrativa y planificadora del Estado(36).

1.2.4 Estructura del Estado

La Constitución estructura al Estado con tres poderes u órganos: el Legislativo, compuesto por dos Cámaras y que fundamentalmente se encarga de legislar; el Ejecutivo cuya función principal es dirigir la política general del Gobierno y el Judicial, cuya función es administrar justicia aplicando la Constitución y demás normas legales.

(35) MELO VEGA, J.; "El Reglamento Parlamentario", en El Comercio, 1.12.88.

(36) PAREJA PAZ SOLDAN, J.; "El Régimen Presidencia en la Constitución de 1979", en Derecho, No. 35, pp. 157 y ss.

Los constituyentes concibieron una necesaria pero flexible división de poderes que permita de un lado, la especialización en la función que ejerce cada órgano y de otro, el ejercicio de funciones subsidiarias que ejerce parcialmente.

Así, por ejemplo, el Poder Legislativo tiene a su cargo la función legislativa, pero también ejerce la función judicial, ya que tiene a su cargo la acusación constitucional de algunos funcionarios. El Poder Ejecutivo en el modelo colabora en la función legislativa, puede bajo ciertas condiciones, dictar normas con rango de ley, siendo su principal función la de administrar y dirigir la marcha del país.

El carácter descentralizado del Estado unitario ha configurado nuevos elementos dentro de la estructura del Estado peruano. En él se darán diversos niveles de gobierno, Gobierno Central, Gobierno Regional y Gobierno Local. Por el momento solo algunas funciones del Estado estarán descentralizadas. Así mientras las normas que regulan el proceso de regionalización prevén competencias legislativas y ejecutivas originarias y delegadas, no se ha previsto la descentralización de la función judicial, la misma que tiene una división de niveles inadecuado a esta nueva estructura del Estado.

En el texto constitucional aparecen otros órganos que no pertenecen a ninguno de estos tres poderes del Estado, se trata de los llamados entes autónomos. Estos son la Superintendencia de Banca y Seguros, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales, el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva y el Instituto Peruano de Seguridad Social.

1.3 PODER LEGISLATIVO Y FUNCION LEGISLATIVA

La Constitución inicia el desarrollo de la Estructura del Estado en el Título IV con el Poder Legislativo. A ello es necesario hacer dos observaciones, la primera está referida al nombre del órgano del estado, al que denomina de acuerdo a su función típica pero no exclusiva; creemos que la denominación de Congreso o Parlamento es más adecuada por aludir al órgano mismo. En cuanto a la prelación de órganos creemos que si los constituyentes quisieron destacar la primacía del Poder Legislativo al anteponerlo al Poder Ejecutivo, quedaron a gran

distancia de la realidad, pues es el Poder Ejecutivo el que ha asumido el liderazgo en el proceso político en los últimos años.

El Poder Legislativo está compuesto por dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados. Dentro del modelo constitucional se le asignan básicamente dos funciones, legislar y fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo. Así el Artículo 186° inciso 1° señala que es atribución del Congreso dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. El inciso 2° del mismo artículo contempla la atribución de velar por el respeto de la Constitución y de las leyes.

El Congreso es el titular de la función legislativa, legislador ordinario del Estado. Esta función sin embargo, no es monopolio del Congreso, la Constitución prevee que concurren en la producción de normas con ~~función~~ ^{función} de ley el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

Si bien la Constitución no hace un reparto de competencias asignando diversas materias a cada órgano reserva al Poder Ejecutivo la regulación de tarifas arancelarias en el inciso 22° del Artículo 211°.

Asigna a las Asambleas Regionales, órgano normativo de los Gobiernos Regionales, la regulación de su organización interior, la aprobación del presupuesto de la región y del Plan Regional de Desarrollo. *Se han asignado otras materias a los gobiernos locales sin especificar si se trata de competencias exclusivas o concurrentes*

Con excepción de estas materias, todas deben ser reguladas por el Congreso. En efecto, los constituyentes desecharon la posibilidad de realizar un reparto de competencias legislativas señalando aquellas materias que debían ser reguladas por el Poder Ejecutivo o por las Asambleas Regionales. Se recargó así la labor del Congreso con el agravante que este órgano no había modernizado su método de trabajo, caracterizado por su excesiva lentitud.

La Constitución ha concebido dentro de la relación de cooperación entre los Poderes del Estado, a un Poder Ejecutivo que colabora en el iter legislativo y excepcionalmente actúa como colegislador. En efecto, el Poder Ejecutivo tiene derecho de iniciativa, promulga las leyes, ejerce la potestad de reglamentarlas sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas y dicta normas con fuerza de ley. El Presidente de la República está facultado para dictar decretos legislativos previa delegación de facultades legislativas por el Congreso y medidas extraordinarias en materia económica y

financiera. En estos casos, la Constitución prevé que el Poder Ejecutivo dará cuenta al Congreso, es decir, que el Poder Legislativo debe fiscalizar esta legislación. Esta función de control es un derecho y una obligación del Congreso. Es además una garantía para los ciudadanos pues sólo así se cumple con la no concentración del poder, principio básico de nuestro sistema político. El órgano legislativo debe condicionar y controlar la legislación producida por el Poder Ejecutivo.

Si tuviéramos que evaluar al Parlamento de acuerdo a su función de legislar, tendríamos que admitir que ha compartido generosamente esta función con el Poder Ejecutivo. Recientemente el señor Hernando de Soto ha sostenido en una entrevista que aproximadamente el 99% de las normas que se publican en el Diario Oficial "El Peruano" tienen su origen en el Poder Ejecutivo, sólo el 1% son producidas por el Parlamento.

En efecto, en los últimos 10 años ha prevalecido la legislación producida por el Poder Ejecutivo en importancia y cantidad, este órgano ha regulado muchas materias que debieron regular las leyes parlamentarias. El Congreso declinó en sus prerrogativas legislativas, lo hizo en primer lugar, delegando materias que por su

trascendencia y por regular la parte orgánica de la Constitución debieron haberse discutido y aprobado en el Congreso (37).

En segundo lugar, permitiendo un excesivo uso del inciso 20° del Artículo 211° a cuyo amparo se dictaron aproximadamente 1600 decretos supremos, sin que se haya determinado expresamente la naturaleza jurídica y alcances de estas medidas extraordinarias.

En tercer lugar, las leyes previstas por la Constitución se produjeron con retraso, incurriéndose en una grave omisión legislativa, omisión no subsanada en el caso de la ley de huelgas, por ejemplo.

Sobre la función legislativa y las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo en los últimos 10 años, Enrique Bernaldes ha sostenido:

"...La relación entre el Ejecutivo y el Legislativo, (...) no se ha caracterizado, en lo que se refiere al ejercicio de las atribuciones legislativas, por su equilibrio y fiel interpretación a lo dispuesto por la constitución. De algún modo el Poder legislativo ha consentido en una concentración de capacidades

(37) Así la Ley Orgánica del Ministerio público (D.L. 052), Ley del Poder Ejecutivo y sus modificatorias, Ley Orgánica del Poder Judicial (D.L. 611).

legislativas en el Ejecutivo, que no es precisamente lo que señala el modelo constitucional, y éste a su vez, no ha escapado a la tentación de usar su mayoría parlamentaria para obtener facultades delegadas o para atribuirse por sí mismo capacidad de dar decretos con efectos de leyes, excediéndose de lo que señala el Artículo 211° inciso 2º), sin que el Parlamento objete este abuso. Ha faltado pues como señala Manuel D'Ornellas, el contrapeso real del Parlamento. En contrario ha sobrado la subordinación, acentuándose el presidencialismo más allá de la orientación constitucional."(38)

Creemos que la Constitución no es clara al regular la función legislativa. Si bien se incorporó instituciones modernas como la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo y se le dió la atribución de dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, la escasa regulación constitucional que reciben dejaron mucho, demasiado a la interpretación. Este hecho ha sido fuente de abusos de parte del Gobierno.

Christian Starck señala como característica de un Estado de derecho la existencia de leyes claras y precisas que enmarquen la creación jurídica por parte del Poder Ejecutivo. En el caso de leyes autoritativas,

(38) BERNALES, E.; "El funcionamiento del sistema político en la Constitución de 1979". En: La Constitución 10 años después"; p. 147.

que la autorización sea tan precisa que al Poder Ejecutivo sólo le quede un espacio muy reducido para establecer normas por su cuenta(39).

Si los límites estuvieran dados, creemos que aún cuando la función legislativa se ejerciera en términos distintos a los que plantea la Constitución, el modelo se cumpliría en lo esencial.

En cuanto al órgano propiamente, creemos que en la dación del nuevo Reglamento de la Cámara de Diputados y del Senado se perdió la oportunidad de modernizar su método, de innovar el proceso de debates y aprobación de leyes. El reglamento parlamentario organiza el funcionamiento de la Cámara, señalando su régimen administrativo, la relación con los demás poderes, su vinculación con la sociedad, así como los derechos y deberes parlamentarios(40).

A través de este instrumento legal pudo normarse lo relativo a la función de control político del Congreso al Poder Ejecutivo, darle contenido a la obligación de dar cuenta al Congreso en los casos que

(39) STARCK, Christian; "El Concepto de Ley en la Constitución Alemana"; pp. 67-68.

(40) MELO VEGA, J.; "El Reglamento Parlamentario", en El Comercio, Lima, 1 de febrero de 1988.

determina la Constitución, pudo haberse determinado competencias legislativas, definirse lo que es una ley orgánica y otros temas que la Constitución trata deficientemente. Esto fue sugerido como una solución por quienes trataron temas relacionados a la función legislativa en diversos trabajos de investigación.

Habiéndose perdido dos oportunidades, la dación de una nueva Constitución y el Reglamento de la Cámara de Diputados para estructurar la función legislativa y siendo necesario y urgente que se haga, creemos que el medio puede ser una ley o ley orgánica de la función legislativa a fin de tener un modelo coherente y racional enmarcado en la Constitución. Sólo así la producción legislativa podrá ceñirse al principio de legalidad, cuando se establezcan claramente los límites y definiciones necesarios.

Y es que a este abuso de la producción legislativa por el Poder Ejecutivo han acompañado otros hechos, el primero causa del segundo.

El Parlamento no ha cumplido un rol de órgano independiente y fiscalizador del Poder Ejecutivo por cuanto en los gobiernos de Fernando Belaunde Terry y

Alan García Pérez, las mayorías han pertenecido al partido de gobierno.

La función de control del Congreso al Ejecutivo ha sido en los últimos 10 años no solo deficiente sino en la mayoría de los casos nula. Las voces de la minoría y sus recursos resultaron callados e ineficaces para frenar lo que se convirtió en algunos momentos en un ejercicio concentrado del poder político por el Presidente de la República.

En la Asamblea Constituyente, Héctor Cornejo Chávez sostuvo que las mayorías cuando pertenecían al partido gobernante piensan que su deber es defender al gobierno y no fiscalizar. "Cuando la mayoría es opositora no fiscaliza sin obstruye y cuando las fuerzas parlamentarias se distribuyen más o menos por igual, el resultado es que el Parlamento se estanca y termina en receso del Congreso"(41). El tiempo le ha dado la razón en la primera etapa que nos ha tocado vivir, las mayorías no han permitido que el Parlamento cumpla con la función de controlar al Poder Ejecutivo.

(41) Diario de Debates de la Asamblea constituyente, T. VII, p. 270.

Hay otros factores que han contribuido al debilitamiento del Congreso. Ya hemos mencionado lo lento del método de trabajo, las tediosas discusiones que obstaculizan una eficiente labor de la función legislativa. Otro factor negativo es la concentración de las materias que deben regularse por ley. Creemos que debió asignarse algunas materias al Poder Ejecutivo si bien no con el carácter de reservadas por lo menos con la finalidad que, en ausencia de ley pueda el Gobierno regularlas provisionalmente. Correlativamente, pudo haberse establecido de manera clara las materias que debían regularse sólo mediante una ley parlamentaria, excluyendo la posibilidad de ser delegadas al Poder Ejecutivo o a los Gobiernos Regionales.

Esta actitud de los constituyentes de insistir en el sistema tradicional de otorgar la función legislativa al Congreso ha sido criticada por muchos, pues no corresponde a las necesidades de un estado moderno. Los hechos han confirmado que debió regularse de otra manera, en un reparto de competencias normativas delimitando la actividad legislativa del Poder Ejecutivo y haciendo una reserva de ley en las materias cuya regulación por el Parlamento resulta fundamental dentro del sistema.

Francisco Eguiguren plantea su crítica en los siguientes términos:

"Mientras persista un modelo constitucional que asigne al Parlamento lo esencial de la titularidad de la potestad legislativa, mientras continúe vigente la exigencia de la regulación por ley parlamentaria impuesta a un sinnúmero de materias, en tanto prosiga existiendo un procedimiento lento y tedioso para la elaboración y aprobación de leyes, los parlamentos controlados por una mayoría afín al gobierno preferirán... propiciar o tolerar la activa intervención del Ejecutivo en la dación de las normas con fuerza de ley, pese a los excesos y trasgresiones que ello pueda conllevar. La legislación delegada y las medidas extraordinarias no ser un complemento excepcional de la función legislativa, sino la forma principal, frecuente e imprescindible de legislar".(42)

Somos conscientes que en el momento que vivimos es conveniente que el Poder Ejecutivo legisle, regule determinadas materias que por su contenido técnico o por necesidad de una regulación urgente no pueden ni deben someterse al proceso parlamentario.

Sin embargo, mientras no se cree un marco legal bien definido para la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, asistiremos a diversos tipos de excesos que tolerados por el Parlamento ya por conveniencia y

(42) EGUIGUREN P., Francisco; "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación"; p. 458.

oportunidad política, ya por pactos entre los grupos parlamentarios constituyen una peligrosa desnaturalización del sistema político.

Creemos que el modelo se conyuga con la producción legislativa del Poder Ejecutivo en tanto concurren dos requisitos. El primero es que se delimite la función legislativa del Ejecutivo o las reservas de ley parlamentaria; para ello es necesario que mediante una ley orgánica o de la función Legislativa se precisen conceptos y alcances de las instituciones. Esto puede eventualmente hacerse a través de una reforma constitucional.

El segundo es que el Congreso tenga un procedimiento preestablecido para ejercer su función de fiscalización sobre esta legislación. Solo así se cumple con lo esencial del modelo:

"De este modo se conserva el elemento de los contrapesos, indispensable para el ejercicio democrático del poder, pero atenuando la rigidez de la separación absoluta de funciones e introduciendo mecanismos de interacción y colaboración."(43)

(43) BERNALES, Enrique; "El Funcionamiento del Sistema Político de la Constitución de 1979"; En; La Constitución diez años después; p. 145.

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución, intervienen en la función legislativa los Gobiernos Regionales y Locales, dictando normas con rango de Ley. En efecto las leyes regionales, y las ordenanzas -infra 3- tienen fuerza de ley, dentro del ordenamiento jurídico constitucional aún cuando su competencia está limitada por el ámbito territorial y por las materias que pueden regular.

CAPITULO II

EL SISTEMA LEGISLATIVO PERUANO

2.1 LA LEGISLACION COMO FUENTE DE DERECHO

Casi la mayor parte de lo que entendemos por Derecho alude a las leyes, normas que regulan las conductas de los hombres de una determinada sociedad y la forma de organizarse del Estado. Esto es consecuencia del hecho que, en nuestro sistema jurídico la legislación es la fuente más importante del Derecho. No debemos, sin embargo, entender que Derecho se identifica con ley, pues el Derecho no es exclusivamente la ley.

La legislación es una de las cuatro fuentes formales del Derecho, al lado de la doctrina, la

jurisprudencia y la costumbre(1)(2). Es a través de estos medios que se producen normas jurídicas que pueden ser impuestas a la comunidad mediante los instrumentos de coacción del Estado.

La legislación como fuente

"...es el conjunto de procedimientos, formalidades escritas y principios jerárquicos mediante los cuales se crean normas jurídicas válidas de carácter general, cuyo contenido es expresión de la voluntad de los poderes del Estado"(3).

Situados en el sistema jurídico peruano, existen diversos sub-tipos de fuentes legislativas, de acuerdo a los órganos que las producen y al lugar que ocupan en el ordenamiento legislativo. Por el momento, las clasificaremos en fuentes constitucionales (Constitución, leyes que la modifiquen, tratados relativos a derechos humanos), fuentes legales (ley, tratados y normas con fuerza de ley), y fuentes

(1) Hoy se incluye la declaración de voluntad a la lista de fuentes del derecho: "... cuando lo expresado inter-subjetivamente constituye una norma obligatoria y no una simple declaración u opinión..." (RUBIO, M.; "El Sistema Jurídico", p. 221.).

(2) Junto a ellas tenemos a las fuentes reales que son el conjunto de fenómenos sociales que inciden en la creación del derecho.

(3) RUBIO, M.; Op. cit., pp. 133.

derivadas de la normatividad que expide el Poder Ejecutivo.

2.2 EL CONCEPTO DE LEY EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

La Constitución Política de 1979 menciona 233 veces la palabra *ley* o *norma legal*, sin que en la mayoría de casos pueda advertirse a qué concepto alude. La ley es uno de los temas de deficiente regulación en el texto constitucional, tal como se podrá apreciar luego de la siguiente exposición.

El legislador constituyente trabajó por lo menos con tres conceptos de ley.

En primer lugar, usa el término ley como sinónimo de norma jurídica, llegando a incluir en algunos casos a la propia Constitución y a los tratados que forman parte del derecho nacional; en segundo lugar, se incluyen bajo la referencia a la ley a distintos tipos de normas con fuerza de ley; y finalmente, con este vocablo, se refiere el constituyente a la ley propiamente dicha, es decir, a la ley parlamentaria.

En muchos casos nos encontraremos frente a referencias a la ley, sin que se pueda establecer a qué tipo de norma se quiso referir el constituyente, con las dificultades que ello conlleva, pues no sabemos si se pretendió hacer una reserva de ley parlamentaria, si la materia puede ser regulada con cualquier instrumento legislativo que participa de igual rango o, si por el contrario por reglamento puede legislarse sobre el tema.

Algunas veces, existiendo duda, podremos encontrar una solución satisfactoria de acuerdo a la doctrina y al espíritu de la Constitución, otras será más difícil resolver sin poder impedir que por interpretación oficial se amplíe la competencia de las normas producidas por el Poder Ejecutivo, la misma que consideramos no debe ampliarse por interpretación, ya que el titular de la función legislativa es, en nuestro sistema, el Parlamento. Dejar amplios márgenes a la interpretación, puede ser motivo de abusos y arbitrariedades, más aún si el Parlamento abdica a ejercer la función de legislar y descuida la importante función de ejercer un control político eficaz.

Según afirmamos en los párrafos anteriores, el legislador constituyente usó el término ley como sinónimo de norma jurídica, esto ocurre en no menos de

cuarenta y dos Artículos. Así, el constituyente alude a la legislación nacional en el texto constitucional bajo el término genérico de ley por ejemplo, en los siguientes casos:

- al consagrar el principio de igualdad ante la ley en los Artículos 2° inciso 2 y 187°;
- al enunciar en el Artículo 2° inciso 20 numeral a), que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe";
- al establecer en el Artículo 117° que por ley se determinan limitaciones al comercio exterior;
- al señalar en el Artículo 242° que los Magistrados están sometidos a la Constitución y a la Ley.

Sostenemos que en más de una docena de Artículos constitucionales deben incluirse dentro del concepto de ley a las normas con fuerza de ley, es decir, a aquellas que junto con la ley parlamentaria comparten un mismo nivel jerárquico en la estructura piramidal del ordenamiento jurídico. En este sentido se usa el vocablo ley en el Artículo 87°, al establecer el principio de legalidad luego del de supremacía

constitucional de las normas jurídicas; en el Artículo 274° al distinguir entre leyes y reglamentos que regulan la organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Policiales; en el Artículo 295° al señalar el ámbito de la acción popular, acción que se interpone contra normas de inferior jerarquía a la legal que infrinjan la Constitución o normas con rango de ley; en el Artículo 298° al no incluir en la relación a todas las normas con rango de ley contra las que es posible iniciar una acción de inconstitucionalidad(4).

Otras referencias a la ley, sin duda alguna, aluden a la ley parlamentaria, es decir, a las normas emanadas del Poder Legislativo. A ellas se refiere el Artículo 186°, inciso 1, al establecer como atribución del Congreso dar leyes; el Artículo 188° al hacer referencia a la ley autoritativa que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar; los Artículos 190°, 192°, 193° y 196° al establecer las normas de procedimiento para la formación y promulgación de las leyes, el Artículo 211°, incisos 1, 8 y 10, así como el inciso 1 del Artículo 218°.

(4) Sostenemos que la referencia a las leyes en este artículo no debe restringirse a las leyes parlamentarias, pues se omite en la relación a los decretos leyes y tratados.

En este punto encontramos otro argumento para sostener que el legislador constituyente no fue claro en el tema de las leyes. Si bien las leyes orgánicas se contemplan en el Artículo 194°, dentro del capítulo de la formación y promulgación de las leyes, estableciéndose un quorum para su aprobación como único dato que las distingue de las leyes ordinarias, éstas en la práctica no han sido reservadas a leyes parlamentarias. En efecto, las leyes orgánicas han sido materia de delegación al Poder Ejecutivo, con lo cual existen leyes orgánicas con la forma de decretos legislativos. Así por ejemplo el Decreto Legislativo 052 del Ministerio Público.

Otra crítica está referida a las reservas de leyes orgánicas señaladas hasta en cinco oportunidades en la Constitución: para la regulación de la estructura y funcionamiento del Ministerio Público (Artículo 251°); Municipalidades (Artículo 258°); Defensa Nacional y Orden Interno (Artículo 277°); Tribunal de Garantías Constitucionales (Artículo 303°); y Regionalización (Novena Disposición Transitoria). ¿Cuál es el criterio seguido para establecer que estas materias se regularán mediante leyes orgánicas? ¿Es esta lista taxativa? ¿Por qué no incluir otros casos cuya regulación es de igual trascendencia como los que se prevén en los Artículos 146° (Ley del Sistema Nacional de Control); 155° (Ley

de la Superintendencia de Banca y Seguros); 241° (Ley del Consejo Nacional de la Magistratura); 286° (Ley del Jurado Nacional de Elecciones), entre otros.

Finalmente, otro tema que plantea dudas es la referencia a la ley expresa que se hace en dos oportunidades en la Constitución, en los Artículos 126° y 139°.

En el primer caso se trata de límites a la propiedad de los extranjeros, en el segundo a la creación de tributos. Se trata de establecer si se pensó en una reserva de ley parlamentaria para estos temas o si ellos pueden ser legislados por otras normas con fuerza de ley.

Tradicionalmente, se entendió que la materia tributaria sólo podía ser regulada a través de la norma expedida por el Poder Legislativo, así el principio de legalidad fue entendido como reserva de ley parlamentaria.

No es nuestro objetivo entrar a detalle la discusión existente al respecto. Baste señalar que la delegación de la materia tributaria al Poder Ejecutivo ha sido aceptada aún cuando no en forma unánime. Existe gran cantidad de impuestos que han sido creados,

modificados o suprimidos por decreto legislativo de allí que podamos concluir que el término ley expresa, en el Artículo 139° no constituye una reserva de ley parlamentaria, puede delegarse.

La Constitución prevé además que los Gobiernos Regionales puedan legislar en materia tributaria, con la limitación impuesta por la ley que les delegue tal facultad, dentro de su territorio y sobre aspectos no constitutivos del tributo.

En el caso de los gobiernos locales, su competencia está limitada constitucionalmente a las contribuciones, arbitrios y derechos. La Ley N° 23853 les delega competencia para crear, modificar, suprimir o exonerar sus contribuciones, arbitrios y derechos, conforme a ley.

En este Artículo no se identifica el concepto de ley expresa con el de ley parlamentaria. Aún cuando muchos no lo acepten nuestra Constitución admite por lo menos que el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y los gobiernos locales en distinta medida y previa delegación legislen en materia tributaria.

2.2.1 Ley en sentido formal y Ley en sentido material

Tradicionalmente se ha considerado que el concepto de ley puede aludir indistintamente a cualquier norma jurídica de carácter general, ley en sentido material; o a todo acto emanado del Poder Legislativo según el procedimiento previsto por la Constitución para la sanción de las leyes, sin importar el contenido, ley en sentido formal. Esta distinción si bien está presente en la mayoría de los tratados de Derecho, no ha sido aceptada de manera uniforme.

Otto Mayer cita como principal defensor de esta doctrina que diferencia dos nociones de ley a Laband. El autor es contrario a esta teoría ya que considera que se opone a la personalidad única del Estado, que se manifiesta con una única voluntad.

"Para nosotros, no existen dos conceptos de ley. La ley es la ley constitucional, el acto que emana de la colaboración entre el príncipe y la representación nacional, en la forma prescrita por la Constitución, es decir, la 'ley en sentido formal'. Este acto no importa sólo una cierta forma que hay que observar para realizarlo, sino también una cierta fuerza que le es inherente a causa de esta forma, ... la fuerza de imponer reglas de derecho, 'leyes en sentido material'. Esto no quiere decir que cada ley sea una regla de derecho

sino que hay un vínculo jurídico que une estos dos conceptos. Este vínculo falta en la teoría de Laband en la cual la ley constitucional designa una pura forma sin una fuerza correspondiente"(5).

En efecto, Laband defendió esta doctrina que tenía como fundamento al legislador como único intérprete de la Constitución a través de la ley.

Otto Mayer sostuvo que no podía tratarse de dos conceptos de ley, "se llama ley a toda regla de derecho, porque de ordinario las reglas de derecho están contenidas en leyes"(6)

Esta doctrina tampoco explica el concepto de ley orgánica, ley interpretativa o reserva de ley y sin embargo por su amplio uso quizás sea la causa de la costumbre existente de llamar ley a cualquier acto legislativo. Francisco Rubio Llorente explica desde su perspectiva la inaplicabilidad de esta doctrina a un sistema como el peruano o español:

"La doctrina alemana del doble concepto de ley, de la distinción entre ley formal y ley material, partía, en efecto, de dos nociones capitales hoy desaparecidas: la de la separación entre la sociedad y el Estado y la de la personalidad jurídica del Estado

(5) MAYER, Otto; Derecho Administrativo Alemán, p. 94.

(6) Ibid.; p. 94.

entendida como unidad de voluntad. Es claro que en una Constitución como la nuestra, que define el Estado como Estado social y democrático de Derecho, la distinción entre lo estatal y lo social como dos esferas distintas del mundo del ser ha quedado totalmente arrumbada y sólo puede mantenerse como distinción procedimental."(7)

No toda disposición insertada en el texto de una ley participa de su fuerza. Según Mayer, las opiniones científicas, máximas políticas y definiciones teóricas pueden ser discutidas por cualquier ciudadano pues no constituyen reglas de derecho (8).

Christian Starck sostiene que un sector de la doctrina considera que leyes de presupuesto y las que crean relaciones jurídicas entre órganos del Estado son leyes formales pero no constituyen Derecho por carecer de contenido jurídico material (9). Estas personas distinguen entre normas jurídicas y leyes formales. Hans Kelsen al definir la diferencia entre ley formal y material refería que era más unívoco hablar de forma de ley, concepto en el que pueden aparecer no sólo normas

(7) RUBIO LLORENTE, F.; "Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley"; En: Revista de la Administración pública, N° 100, p. 428.

(8) MAYER, O.; op. cit.; p. 96.

(9) STARCK, Ch.; "El concepto de ley en la Constitución Alemana"; p. 42.

generales, sino también otros contenidos, hasta aquellos jurídicamente irrelevantes.

Se llamó norma jurídica a aquella que regulaba las relaciones del Estado con los particulares más no la organización propia del Estado y relaciones entre sus diversos órganos. Hoy, sin embargo, prevalece la idea de considerar a estas disposiciones normas jurídicas porque las relaciones internas del Estado son relaciones jurídicas. Por lo demás estas relaciones afectan directamente a los ciudadanos al constituir garantías para la protección de los derechos y libertades dentro del sistema.

No obstante, continúan existiendo disposiciones que están contenidas en leyes, pero no constituyen normas jurídicas. Es el caso de las declaraciones de interés nacional, menciones honoríficas, creación de distritos, etc. Por una técnica legislativa deficiente no están en una resolución legislativa. Representan un alto porcentaje de la producción legislativa y en los proyectos de ley presentados por los parlamentarios.

Nosotros creemos que la doctrina que venimos comentando lleva a confusión y es por lo demás insuficiente, sin embargo, por ahora sigue siendo citada en muchos tratados de Derecho. A partir de esta

concepción de la ley no puede explicarse las diferentes normas que sin provenir del órgano legislativo participan de su fuerza.

2.3 EL SISTEMA LEGISLATIVO

Hemos visto (supra 1.2.1) que el Estado puede adoptar diversas formas jurídicas.

En el Estado Unitario centralizado o con descentralización administrativa existe un único ordenamiento jurídico.

Las normas en la estructura legislativa están ordenadas en una construcción escalonada, de tal forma que la norma de nivel superior determina la producción de la de nivel inferior.

Los Gobiernos Federales y Regionales se caracterizan por dar lugar "a la emergencia de un ordenamiento jurídico secundario (...) sin perjuicio de justificarse en otro superior y primario.." (10).

(10) MUÑOZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 396.

El Artículo 56° de la Ley de Bases de la Regionalización recoge la característica de pluralidad de ordenamientos jurídicos en los siguientes términos: "Las personas naturales y jurídicas en la región, así como los órganos de gobierno y de administración del gobierno regional ^{se encuentran regulados} por la legislación y por el ordenamiento jurídico nacional y, asimismo, por las normas de carácter general de obligatorio cumplimiento en el ámbito de la región, expedidas por el Gobierno Regional en ejercicio de las atribuciones que expresamente le sean delegadas, de conformidad con la Constitución Política"(11).

En el Estado Regional en particular coexisten varios ordenamientos jurídicos dentro de un mismo Estado, subordinados a la Constitución con la que se relacionan por el principio de constitucionalidad. Existe entre estos sub-ordenamientos una efectiva jerarquización.

En la cúspide del orden jurídico nacional se encuentra la Constitución o norma fundante básica, de la cual derivan su existencia y validez,

"...una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no

(11) No vemos razón para distinguir entre legislación y ordenamiento jurídico nacional, ésta es padre de aquél.

vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica propuesta"(12).

Dicho de otra forma, toda norma jurídica está subordinada a la Constitución, al acatamiento de los procedimientos y competencias determinados por el Poder Constituyente. La norma desplegará sus efectos en virtud al cumplimiento de lo establecido por la norma constitucional. La Constitución prima sobre cualquier otra norma legal, no sólo por determinar su creación, sino porque la norma producida por el órgano facultado a ello, deberá respetar los márgenes que en cuanto al contenido ella establece.

El principio de supremacía constitucional subordina toda norma a la Constitución, es decir, que la eficacia jurídica de la norma constitucional es superior a los que contenga cualquier otra norma. Este principio, al que nos referiremos nuevamente más adelante, se consolidan según Pizzorusso en un "movimiento intelectual tendiente a propiciar una racionalización del poder mediante instrumentos jurídicos para la defensa de las instituciones liberal

(12) KELSEN, Hans; "Teoría Pura del Derecho", p. 206.

democráticas".(13) Considera decisiva la elaboración teórica kelseniana, sostiene que aún cuando la supremacía de la Constitución tiene antecedentes en los Estados Unidos de América en la sentencia del Tribunal Supremo recaída en el caso Marbury vs Madison en 1803, sólo con Kelsen se configura el ordenamiento jurídico como un sistema de fuentes jerárquicamente ordenadas, situándose la Constitución en la dimensión superior.

La Constitución Política del Perú acoge la teoría Kelseniana relativa a la estructura piramidal del ordenamiento jurídico al adoptar el principio de supremacía constitucional en el Artículo 87° en los siguientes términos: "La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal...".

El sistema legislativo peruano se encuentra jerárquicamente ordenado en una estructura piramidal en cuya cúspide se encuentra la Constitución. A este principio general existen excepciones por la asignación de algunas competencias legislativas a determinados órganos.

(13) PIZZORUSSO, A.; "Lecciones de Derecho Constitucional", Tomo 2, p. 214.

Toda norma jurídica es una manifestación de la voluntad del Estado, su jerarquía manifiesta la fuerza política que se le ha querido dar, dentro de las alternativas que existen en cada sistema legislativo. Continúa el Artículo 87° "...la ley sobre toda otra norma de inferior jerarquía...".

El lugar siguiente a la Constitución en el sistema legislativo peruano le corresponde a la ley y a las normas que comparten su rango. El nivel inmediatamente inferior, le corresponde a las normas que dicta el Poder Ejecutivo en uso de la atribución de reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas. Existe una jerarquía y principios ordenadores propios a este nivel debido a la multiplicidad de órganos facultados a legislar, es decir, producir normas jurídicas dentro de una competencia normativa preestablecida. No entraremos a desarrollar este tema, pues consideramos que constituye uno suficientemente amplio para una investigación.

En los sistemas legislativos con pluralidad de ordenamientos jurídicos, las normas deben estar ordenadas de forma tal que se de una compatibilidad vertical y horizontal. El sistema legislativo peruano está jerárquicamente organizado. Sin embargo, el proceso de regionalización está configurando la

coexistencia de ordenamientos jurídicos regionales al lado del nacional cuyas normas participan de una fuerza dentro del ordenamiento jurídico común a la de otras normas. Es decir, que coexisten diversos tipos de instrumentos legislativos que se colocan jerárquicamente en forma equidistante de la Constitución. De allí que sea necesario desarrollar principios ordenadores del sistema legislativo que se adapten a un sistema coordinado de fuentes legislativas.

Adicionalmente dentro de esta construcción escalonada que consagra el Artículo 87° de la Constitución debemos advertir una estructura horizontal de competencias en todos los niveles.

Tal es el caso, de las competencias constitucionales asignadas al Congreso para dictar leyes orgánicas, al Poder Ejecutivo para regular la materia arancelaria y al Banco Central de Reserva en las materias que les son propias.

Dentro de las alternativas previstas en el ordenamiento constitucional, un grupo de ellas, las que participan de la fuerza de ley serán el tema de nuestra investigación. Estas normas pueden ser producidas por

el Congreso, el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Locales y los Gobiernos Regionales.

2.4 NORMAS CON FUERZA DE LEY

La sola mención a las diversas normas con ~~fuerza~~ de ley resulta relativamente nueva, y es que hasta hace pocos años la ley y la norma con fuerza de ley constituían una tautología. Hoy existen diversos instrumentos legislativos que participan del rango de leyes en el ordenamiento jurídico, es decir que tienen la fuerza característica de la ley.

En el modelo que plantea la Constitución vigente, la función legislativa corresponde al Parlamento. El Poder Ejecutivo colabora en el proceso de formación y promulgación de las leyes, las reglamenta y por excepción legisla previa delegación de facultades o concurrencia de situaciones de necesidad y urgencia. Al lado de estos instrumentos legislativos la Constitución prevee dos normas con ~~fuerza~~ de ley: las ordenanzas municipales y las leyes regionales o normas regionales de carácter general.

El dictar normas con rango de ley no ha sido mantenida como zona reservada al Parlamento. Al lado de la ley parlamentaria existen otros instrumentos legislativos con fuerza de ley. Es precisamente a ellos a los que alude el Artículo 87° de la Constitución con el término genérico de ley, ubicándolos en el sistema legislativo en el lugar siguiente a la Constitución, inmediatamente después de los tratados. Creemos importante en este momento del trabajo de investigación referirnos a aquello que denominamos "rango de ley" o "fuerza de la ley".

2.4.1 La fuerza de la ley

La ley se caracteriza por su origen, el procedimiento legislativo prescrito por la Constitución y por sus facultades virtuales que es la fuerza de la ley que deriva de su origen, ser la expresión de la voluntad constitucional está colocado por encima de toda actividad del Estado. Ahora bien este acto legislativo puede provenir o no del Parlamento.

Las normas jurídicas como hemos visto, no surgen todas en el Poder Legislativo, sino que la función legislativa está compartida con otros órganos.

"Las normas legislativas no dependen tanto del órgano del Estado que las aprueba, sino fundamentalmente de la función del Estado en virtud de la cual se dan las normas escritas de carácter general, y siguiendo los procedimientos señalados para cada caso,"(14)

De allí que no todo acto del Parlamento sea un acto legislativo ni todo acto del Poder Ejecutivo un acto administrativo.

El término "fuerza de ley" surge para definir aquella característica inherente a la ley producida por el Parlamento según el procedimiento prescrito por la Constitución. La "fuerza de ley" proviene del hecho que, es la voluntad del Estado la que se manifiesta en la forma propia del Poder Legislativo, no deriva de su forma sino de la causa de su forma, ser una regla de derecho pero fundamentalmente contener la voluntad del Estado (15).

"En la doctrina clásica, la fuerza de ley era la nota distintiva de ésta por antonomasia, el núcleo duro del concepto. La fuerza activa de la ley, o fuerza de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente, incluso en muchos

(14) RUBIO, M.; "La Legislación como fuente de Derecho en el Perú", en Derecho, No. 34, p. 12.

(15) MAYER, Otto; "Derecho Administrativo Alemán", Tomo 1, p. 93.

casos y para muchos autores, del orden jurídico constitucional preexistente. Fuerza pasiva era, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otro ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica. Todas las leyes y sólo las leyes tenían esta fuerza y, al menos desde este punto de vista sólo había una especie de ley, la que emanaba de la potestad legislativa del Estado."(16)

En el Estado moderno, la actividad legislativa del Poder Ejecutivo ha introducido nuevos instrumentos legislativos que sin provenir del Parlamento, constitucionalmente participan de su fuerza.

Pizzorusso (17) señala algunas características principales comunes a las leyes que permiten hablar de tal fuerza. Ellas son:

- a.) La capacidad propia de la ley para innovar el ordenamiento jurídico pre-existente, es decir, de modificar, derogar, suspender, etc., a cualquier disposición vigente en el momento de su promulgación, con los límites de la aplicación del principio de constitucionalidad y, eventualmente, competencia derivada de una disposición constitucional. (Fuerza activa)

(16) RUBIO LLORENTE, F.; op. cit.; p. 422.

(17) PIZZORUSSO, A.; op. cit.; pp. 255 y ss.

- b.) La cualidad propia a las disposiciones introducidas por medio de una ley; no poder ser modificadas, derogadas, suspendidas, etc.- ... si no es mediante un acto que tenga también fuerza de ley. (Fuerza pasiva)
- c.) La posibilidad de que estas normas sean sometidas al control de constitucionalidad ante un Tribunal Constitucional.(18)
- d.) La característica de ser preferidas al seleccionar la norma aplicable, en caso de conflicto con una disposición de menor jerarquía. Este es un mandato imperativo de nuestra Constitución.
- e.) La cualidad de poder ser aplicadas sin necesidad de probar su existencia ni vigencia por las partes. Esta cualidad es consecuencia de su publicidad.
- f.) La necesidad de ser interpretadas de acuerdo a los métodos de interpretación de las leyes, integrándolas sistemáticamente.

(18) Un sector de la doctrina distingue entre fuerza y rango de ley. "Rango de ley" o "valor de ley" sería la característica, común a ciertas disposiciones, de poder ser sometidas a un control" de constitucionalidad. RUBIO LLORENTE; op. cit.; p. 420. Se alude a una característica procesal.

Estas dos últimas características son aplicables a todas las normas jurídicas.

La fuerza de la ley le da ciertas calidades jurídicas de preferencia sobre las normas que el Poder Ejecutivo. La norma con fuerza de ley es el acto legislativo por excelencia que emitido en forma constitucional, la coloca por encima de toda otra actividad del Estado como voluntad superior y jurídicamente más fuerte.

Sin embargo, es necesario precisar que no todas las normas con fuerza de ley participan con la misma intensidad de esa fuerza. La fuerza de innovar de un decreto legislativo que por disposición del Artículo 211° inciso 10), tiene fuerza de ley, está limitada a la materia que le señale la ley de delegación. Los Reglamentos de las Cámaras y del Congreso tienen también límite material.

La fuerza de resistir, de no ser modificada si no es por otra ley, tiene también grados distintos. El decreto legislativo puede ser modificado por cualquier otra ley, mientras que la ley orgánica sólo podrá ser modificada por otra ley orgánica.

2.4.2 Reserva de ley

Este concepto surge en Alemania para defender el ámbito de competencia de la Asamblea frente a los poderes del monarca. En realidad, cuando Otto Mayer acuña el concepto de reserva de ley aludía a un sistema en el que el titular de la soberanía era el monarca y las Asambleas eran simplemente órganos de limitación de este poder que provenía de Dios. Otto Mayer⁽¹⁹⁾ definió la reserva de ley como la "exclusión de la iniciativa del ejecutivo" para materias especialmente señaladas.

Aquellas materias particularmente importantes merecen como condición indispensable de la actividad del Estado una ley dictada según los procedimientos establecidos por la Constitución para la elaboración de las leyes.

Bockenforde⁽²⁰⁾ sostiene que hay tres vías comúnmente utilizadas para determinar las materias que deben reservarse a la ley.

(19) Citado por RUBIO LLORENTE, F.; op. cit.; p. 430.

(20) Loc. cit.

"De acuerdo con la primera de ellas, deberían quedar reservadas a la representación popular, como único órgano con legitimación democrática directa, todas aquellas decisiones esenciales y políticamente importantes y, en especial, las que trazan las líneas básicas y las directrices del orden estatal y social. Quienes avanzan por la segunda vía, la que arranca de la idea del Estado de Derecho, atribuyen al legislador la competencia exclusiva para regular todos los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, con independencia de que se trate de relaciones internas o externas del Estado, pues entienden que los derechos fundamentales no sólo son derechos de libertad, sino elementos fundamentales de derecho objetivo, cuyo contenido de garantía prestacional ha de ser preservado por la ley.

La tercera de las vías indicadas, que es, me parece, la que intenta el propio BÖCKENFÖRDE, pretende construir, no a partir de principios jurídicos y constitucionales, que naturalmente acepta, sino, como decía, de la forma de la ley y del procedimiento legislativo. Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del Derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara."

La reserva de ley según Mayer⁽²¹⁾ se determina en forma expresa o tácita al establecer los

(21) MAYER, Otto; op. cit.; pp. 98 y ss.

derechos fundamentales cuyas limitaciones sólo pueden darse por ley o en virtud de una ley. La Constitución alemana de aquella época no tenía ninguna norma de la cual podría inferirse una reserva de ley para determinadas materias; sin embargo, existía consenso sobre la necesidad de una ley para que el Estado limite la propiedad o restrinja la libertad.

Una materia puede quedar reservada a disposiciones de un cierto rango excluyéndose la posibilidad que la misma pueda ser regulada por disposiciones de un grado distinto. La reserva puede hacerla una norma de rango superior en favor de una de inferior o igual rango.

La reserva será absoluta cuando no contemple la posibilidad de regular ningún aspecto de la materia reservada a normas de rango distinto al establecido para dichas normas. La reserva es relativa cuando sólo funciona para los principios fundamentales o márgenes de regulación de la materia reservada, como en el caso de las llamadas leyes cuadro u leyes marco que ya hemos mencionado.

Es posible que la norma que establece una reserva prevea que algunas disposiciones de la materia reservada estén sujetas a condiciones especiales para su modificación o que señale que cualquier fuente podrá

modificarla, incluso alguna de inferior jerarquía a aquélla en cuyo favor opera la reserva. Se dice en el primer caso que se potencia la fuente y en el segundo que se degrada.

Puede ocurrir que una norma del Poder Ejecutivo regule una materia donde no exista regulación previa, es decir, que ocupe una zona en ausencia de la ley siempre y cuando esta materia no esté reservada a una norma legal expresamente. En este caso, el reglamento no constituye límite alguno para el legislador ordinario, una vez promulgada la ley todo aquello que no se adecúe a ella, queda derogado en aplicación de los principios de jerarquía y preferencia de la ley.

Advierten los autores sobre la confusión que puede presentarse entre los conceptos de reserva de ley y el principio de preferencia de la ley. Cuando una materia es regulada por una ley, no se trata necesariamente de una reserva, es decir, la exclusión de los reglamentos en la regulación de esta materia no proviene del concepto de reserva sino del principio de preferencia de la ley. Por este principio que es consecuencia del mayor grado jerárquico de la ley frente a los reglamentos en la estructura del sistema jurídico, la ley anula todos los actos ya emitidos en nombre del Estado que le sean contrarios.

Asimismo, cuando la ley regula una materia, el reglamento sólo podrá precisar conceptos o procedimientos sin trasgredir ni desnaturalizar la ley que interpreta o precisa. La ley sólo se modifica por otra ley posterior.

Para muchos autores el concepto de reserva de ley pertenece sólo a sistemas dualistas como el alemán durante el Segundo Imperio o el francés a partir de la Constitución de 1958(22).

Al respecto, Angel Garrorena (23) sostiene que la reserva de ley implica que existe una zona reservada en peligro de cuya potencial expansión se justifica la necesidad de reservar. Sostiene que en el sistema español, más que hablar de espacios reservados a la ley lo que rige es el principio de precedencia de la ley, es decir, exigencia de base legal previa, concluye diciendo que en España en principio toda materia está reservada a la ley.

Nosotros creemos que en el Perú, el legislador constituyente no ha manejado el concepto de reserva de

(22) Esta Constitución realiza un reparto de competencias normativas. Lo que realmente existe en este sistema es una reserva de ley y reserva de reglamento.

(23) GARRORENA, A.; "El lugar de la ley en la Constitución Española"; p. 55.

ley por las siguientes razones: En primer lugar no se optó por un reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Poder Ejecutivo. La función legislativa fue atribuida al Congreso con escasas otra excepciones como la consignada en el Artículo 211° inciso 22) relativa a la regulación de las tarifas arancelarias a cargo del Presidente de la República.

En segundo lugar, si bien quedó establecida la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en el inciso 11) del Artículo 211° de la Constitución, su extensión no fue delimitada con claridad. Así, hay quienes sostienen que se trata de los reglamentos de ejecución -aquellos que emite el Poder Ejecutivo para hacer posible la aplicación ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas (24)- y sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas. Otros como Enrique Chirinos Soto (25) interpretan que el inciso 11) faculta además, al Poder Ejecutivo a dictar decretos y resoluciones sin reglamentar leyes, con el límite de no trasgredirlas ni desnaturalizarlas.

(24) MARIENHOFF, M.; "Tratado de Derecho Administrativo"; t. 2, p. 240.

(25) CHIRINOS SOTO, E.; "La Nueva Constitución al alcance de todos"; p. 228.

Es decir, que admite la posibilidad de el Poder Ejecutivo legisle en ausencia de la ley (26).

Al respecto nuestra posición es que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo puede ser interpretada y delimitada en los siguientes términos:

- a) Para dictar reglamentos de ejecución expresamente contemplados en el inciso 11 del Artículo 211° de la Constitución.
- b) Para dictar reglamentos autónomos, es decir, siguiendo a Marienhoff(27), de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, en materia de aranceles, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 22) del Artículo 211°.
- c) Para dictar reglamentos autónomos, en las materias relativas a la regulación de la organización y funciones de los órganos de la Administración Pública. Si bien este tipo de reglamentos no se mencionan expresamente en la Constitución, se

(26) CHIRINOS SOTO, E.; "¿Puede el Ejecutivo Legislar?"; En:El Comercio; 1/10/90.

(27) MARIENHOFF, M; op. cit.; p. 241. Sin embargo, los reglamentos autónomos tienen otras connotaciones para otros autores para quienes se trata de los reglamentos que pueden ocupar el espacio de una ley en ausencia de ella.

trata de una facultad inherente al ejercicio de la función administrativa, indispensable para lograr el cumplimiento de sus cometidos. Al respecto Enrique Sayagués Laso sostiene que:

"La mayoría de las constituciones no consagran expresamente la competencia reglamentaria amplia del Poder Ejecutivo, mencionando sólo los reglamentos de ejecución, y sin embargo, nadie duda acerca de la existencia de esta potestad."(28)

- d) Para dictar reglamentos de necesidad y urgencia invocando el inciso 20) del Artículo 211°. Sobre este tema nos ocuparemos con mayor amplitud (supra 3.2.3). Los incluimos en este pequeño cuadro interpretativo de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo porque los gobiernos de Fernando Belaunde Terry y Alan García han interpretado las medidas extraordinarias del inciso 20), como reglamentos de necesidad y urgencia.

En tercer lugar, la Constitución menciona la expresión ley expresa en los Artículo 126° y 139°, aunque se haya podido establecer si constituyen una reserva de ley, si deben regularse sólo a través de ley parlamentaria o si cabe su delegación.

(28) SAYAGUES LASO, E.; "Tratado de Derecho Administrativo"; p. 133.

En la práctica el principio de legalidad consagrado en el Artículo 139° no ha sido identificado con una reserva de ley, por lo menos no de ley parlamentaria. El término "ley expresa" ha sido interpretado como sinónimo de norma con rango de ley. Son numerosos los decretos legislativos que han creado, modificado y suprimido tributos. Inclusive los decretos supremos dictados al amparo del inciso 20) del Artículo 211°, han regulado aspectos relacionados con la materia tributaria y en algunos casos han creado tributos.

No existe consenso en cuanto a las materias reservadas a la ley. Christian Starck sostiene que casi toda la doctrina coincide en interpretar que al hablar de reserva de ley se está pensando en la ley formal.

Otro aspecto que observamos es que algunas personas interpretan que cada vez que la Constitución remite a la posterior regulación por "ley" o mediante el término el "Estado reglamenta" no se estaría pensando en hacer una reserva de ley. Así por ejemplo tenemos el Artículo 17°:

"El Estado reglamenta y supervisa la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos. Combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas."

Artículo 115°

"La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizar con el interés social."

Artículo 16°

"...el Poder Ejecutivo señala la política nacional de salud. Controla y supervisa su aplicación."

"Es responsable de la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención integral de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso igualitario de sus servicios, en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad. La ley norma su organización y funciones."

Artículo 158°4

"El Estado, a través de los organismos del sector público agrario y las entidades representativas de los agricultores, establece y ejecuta la política que garantiza el desarrollo de la actividad agraria (...) Con ese fin...Propicia el establecimiento del Seguro Agrario(...) la ley reglamenta su ejercicio."

En estos casos pareciera que el legislador pensó en la regulación por el Poder Ejecutivo al caer en su esfera las materias o los términos "reglamenta", ya que se reconoce la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, creemos que esta interpretación no es la que resulta de una lectura sistemática de la Constitución. En el Artículo 186°1 se reserva para el Parlamento la regulación de todas las materias salvo la regulación de las tarifas arancelarias reservadas al Presidente de la República y al ministro del sector.

El tema de la reserva de ley no es claro porque la Constitución regula el tema de la ley y la función legislativa en forma deficiente. La discusión, sobre los límites de la potestad reglamentaria, dice Javier Arrieta (29), "adquiere mayor relevancia en países como el nuestro, cuyas constituciones, o no han hecho específicamente una reserva legal o lo han hecho en forma dispersa o imprecisa".

Un análisis del modelo de la Constitución nos lleva a una conclusión:

"Desde el punto de vista de la reserva legal, entonces podemos sostener para la Constitución Peruana, lo mismo que Carro y Gómez sostienen respecto a la Constitución Española, es decir que hay una consagración del principio de reserva de ley."(30)

(29) ARRIETA MUÑOZ, J.; "La Potestad Reglamentaria del Presidente de la República en la Constitución de 1979"; p. 80.

(30) Ibid., p. 88.

En este sentido, creemos que el Poder Ejecutivo no debe incursionar legislando en ninguna materia, ni en el supuesto de ausencia de una ley, salvo las tres excepciones ya mencionadas. La primera está dada por la reserva hecha en favor del Poder Ejecutivo en el Artículo 211° inciso 22) sobre regulación de aranceles; la segunda respecto a la posibilidad de incursionar en la materia económica y financiera a través de los decretos de necesidad y urgencia en virtud del inciso 20) del Artículo 211°; la tercera está referida a los reglamentos que dicte en el ejercicio de la función administrativa, sobre la organización y funciones de los órganos de la administración.

De una primera lectura a la Constitución encontramos el modelo que hemos planteado sin reserva de ley expresa, una reserva de reglamento y materias en las que comparte la función legislativa con los gobiernos locales. Hay una reserva hecha en favor de los Gobiernos Regionales y locales en lo relativo a su organización interior (supra 3.).

Creemos que esta institución resulta especialmente útil para el reordenamiento del sistema legislativo. Existen una pluralidad de normas que tienen fuerza de ley.

La reserva de ley constituiría el medio para acotar el ámbito que debe ser regulado por la ley parlamentaria sin que pueda delegarse o ser materia de regulación a través de las medidas extraordinarias que regula el inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución.

En los últimos años ha existido fuerte tendencia a que el legislador de excepción se convierta en legislador ordinario. No creemos que es negativa la inclusión del Poder Ejecutivo en la función legislativa, tal como lo hemos sostenido en este trabajo de investigación, la sociedad moderna exige muchas veces soluciones rápidas a través de instrumentos legislativos con rango de ley que el Parlamento está imposibilitado de dar en términos perentorios. Sin embargo, creemos que debe existir una regulación sobre la actividad legislativa del Poder Ejecutivo y su posterior control por el Parlamento. En este sentido, el concepto que venimos desarrollando resulta de especial importancia.

Determinar qué materias sólo pueden ser desarrolladas por el Poder Legislativo, cuáles pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo o a otros órganos y en cuáles puede existir un relgamento en ausencia de la

ley sería muy positivo y posible a través de la determinación de materias reservadas.

En este sentido, hay materias que por el procedimiento que se les asigna en la Constitución constituyen una reserva de ley parlamentaria tácita. Tal es el caso de las leyes orgánicas (Artículo 194°) y Ley de Presupuesto (Artículo 137°), la aplicación del Artículo 198° no debe entenderse como una delegación de facultades, sino como una necesaria solución al conflicto que puede presentarse frente a la no aprobación de la Ley de Presupuesto por el Congreso. Estas materias así como los créditos suplementarios, transferencias, y habilitaciones de partidas deben ser indelegables. Otras materias que deben incluirse son la regulación de los derechos fundamentales y libertades.

Existen otro grupo de materias cuya reserva de ley alude a su regulación a través de una norma con fuerza de ley. Estas materias podrían ser objeto de delegación de facultades al Poder Ejecutivo o a los Gobiernos Regionales. En estas materias pueden ser de gran utilidad los conceptos de ley -marco que desarrollaremos más adelante (supra 3.1.4.).

La enumeración de materias reservadas al Parlamento contribuiría a que el Poder Ejecutivo no

incursione en ellas evitando de alguna manera el ejercicio autocrático del Poder, mejorando también la técnica legislativa. Esta enumeración tendría que hacerse a través de una reforma de la Constitución o ley de la función legislativa.

Otra vía para adecuar el sistema de la Constitución a la realidad que vivimos hace 10 años la constituye la interpretación del Artículo 211° inciso II) de la Constitución. Si bien a través de esta ley interpretativa no se logrará un reparto de competencias normativas, se puede incluir en la potestad reglamentaria expresamente las materias que se encuentran en la esfera de la Administración en los distintos sectores. En estas materias podrá normar el Poder Ejecutivo en ausencia de la Ley, ya que el Parlamento no puede renunciar a regularlas.

CAPITULO III

CLASIFICACION DE LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY

Hemos sostenido que el nivel inmediatamente inferior a la Constitución corresponde a la ley. Hasta aquí es necesario hacer tres precisiones.

En primer lugar, al lado de la Constitución debemos de considerar a los tratados con rango constitucional. Es decir, aquellos que por estar referidos a derechos humanos o por haber importado una reforma constitucional de acuerdo a los artículos 105° y 103° de la Constitución, comparten el lugar más privilegiado dentro del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, los tratados tienen un tratamiento especial en el texto constitucional. Se encuentran por disposición del artículo 101° en un nivel intermedio entre las normas con rango de ley y la Constitución. En caso de conflicto entre un tratado y una ley prevalece el primero. Asimismo, prevalecen los

El
tratados de integración sobre las multilaterales. La
constitucionalización de estos principios de Derecho
Internacional es un acierto de los constituyentes pues
no es frecuente en otras legislaciones. Hemos observado
por ejemplo que la constitución argentina no lo hace,
la española no indica cómo resolver un conflicto entre
un tratado y una ley.

En tercer lugar, lo que hemos adelantado sobre la
existencia de diversas normas con fuerza de ley. Es
decir que, al lado de las leyes parlamentarias
coexisten otras normas producidas por el Poder
Ejecutivo, gobiernos locales y regionales que comparten
el segundo nivel dentro del ordenamiento jurídico,
aquél nivel reservado para las leyes. A ellas nos
referiremos en el presente capítulo.

3.1 LEYES DEL CONGRESO

En el modelo elegido por nuestra Constitución, el
Poder Legislativo es el titular de la producción
legislativa, es el legislador ordinario. En efecto, en
el sistema elegido por los constituyentes, sólo
excepcionalmente legisla el Poder Ejecutivo; sin

embargo, asume un rol en la producción de las leyes que se enmarca dentro de la relación de control y colaboración entre los poderes del Estado. Dentro de este rol sólo se convertirá en colegislador en situaciones de excepción.

En este modelo, sin embargo, el Parlamento no tiene el monopolio de la función legislativa ni la potestad exclusiva de dictar normas con fuerza de ley. Hemos constatado en los últimos años que el Poder Ejecutivo se ha desempeñado como un órgano colegislador. El Congreso ha permitido que muchas normas de gran importancia en la vida del país sean producidas en el Poder Ejecutivo. Las leyes parlamentarias en gran número han reservado para su regulación materias de menor trascendencia como son declaraciones de utilidad pública, interés social o público, autorizaciones para algún proyecto, etc. De esta manera se ha trasgredido el modelo que en nuestro concepto eligieron los constituyentes encargar como atribución al Parlamento el dar las leyes, interpretar o derogar las existentes.

No creemos que el trabajo del Congreso pueda medirse por la cantidad de leyes emitidas, sin embargo, nos parece muy claro que tratándose de una atribución propia de este órgano, las leyes de mayor importancia

deben ser debatidas en el seno de la Asamblea parlamentaria donde se encuentran representadas la mayoría de las fuerzas políticas de la sociedad.

No todo acuerdo del Congreso es una ley; al Poder Legislativo se manifiesta también a través de las mociones de Orden del Día, acuerdos que constan en sus actas y resoluciones legislativas. De otro lado, es en el recinto parlamentario donde se da el diálogo político necesario para la formación de la opinión pública, el control de los otros poderes del Estado y entes autónomos en virtud de la representación plural allí existente. Finalmente, la función de control político a la que ya hemos hecho referencia constituye para el "Estado social y democrático de Derecho" esencial y tan importante como la de legislar.

3.1.1 Leyes Ordinarias

Llamaremos así a aquellas producidas por el procedimiento y con las formalidades establecidas en los artículos 190° a 196° de la Constitución de 1979, debidamente promulgadas y publicadas. Cada Constitución señala el procedimiento para dar las leyes. Analizaremos brevemente el procedimiento o iter

legislativo típico y tipificado de las leyes que hemos venido denominando leyes parlamentarias. Este es el proceso legislativo ordinario.

Esta aclaración resulta esencial puesto que el procedimiento legislativo se encuentra diversificado por la inserción al sistema legislativo de otras normas con igual rango, con características particulares como son los decretos legislativos, y las leyes orgánicas, entre algunas que analizaremos más adelante, y las leyes de presupuesto y de reforma de la Constitución que, por escapar a nuestros objetivos, no serán tratadas.

El procedimiento legislativo es decir, los actos necesarios en el proceso de formación de la ley, tradicionalmente se divide en tres pasos: a) Iniciativa, b) Discusión y Aprobación, y c) Promulgación y Publicación.

a.) **Iniciativa**

El artículo 190° de la Constitución otorga derecho de iniciativa en la formación de las leyes y resoluciones legislativas a los Diputados y Senadores, al Presidente de la República, a la

Corte Suprema y a los órganos de gobierno de las regiones en las materias que les son propias.

Los Representantes al Congreso no tienen iniciativa por disposición del artículo 199°, para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere al Presupuesto del Congreso.

En la Constitución francesa, existe una disposición similar que ha sido criticada por constitucionalistas pues la mayoría de proyectos conllevan la creación de nuevos gastos. Creemos que esta disposición debe interpretarse restrictivamente, es decir, para la creación directa de gastos públicos y no aplicarse a todo proyecto que implique mayor gasto público. Al respecto, señalan Marcial Rubio y Enrique Bernales(1) que mejor alternativa hubiera sido requerir la conformidad del gobierno para las proposiciones parlamentarias que impliquen mayor gasto público, como ocurre en la Constitución española; de esta forma, se evitan negociaciones extra-parlamentarias para lograr eludir la prohibición.

(1) RUBIO M. y BERNALES, E.; op. cit.; p. 348.

El Presidente de la República ejerce su derecho de iniciativa en la formulación de proyectos de ley a través de los Ministros. Los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgentes, tienen preferencia del Congreso por disposición del artículo 189° de la Constitución. En tal caso, el proyecto de ley puede ser exonerado del pase a Comisión para ser dictaminado y pasar a Orden del Día con la finalidad de ser discutido. Este mecanismo facilita el camino de los proyectos de ley provenientes del Poder Ejecutivo colocándolos en situación de ventaja. Sin embargo, los gobiernos han preferido recurrir a la legislación de excepción, a saber, decretos legislativos y medidas de necesidad y urgencia.

Resulta curioso que esto haya ocurrido dentro de los dos gobiernos en los que la mayoría parlamentaria pertenecía al partido que gobernaba en el Poder Ejecutivo. En este período, casi todas las iniciativas presentadas por el Poder Ejecutivo se han convertido en leyes.

En nuestro país toda iniciativa se conoce como proyecto de ley. En Francia se distinguen las iniciativas de acuerdo a su origen, los proyectos de ley provienen del Poder Ejecutivo, las

proposiciones de ley de una iniciativa parlamentaria. Creemos que es una buena costumbre distinguir entre ambas aún cuando el trámite a seguir sea, en principio, el mismo.

Sobre el derecho de iniciativa en la formación de las leyes dice el artículo 226° que la desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al Ministro a dimitir, salvo que haya hecho de la aprobación una cuestión de confianza.

Muchas iniciativas parlamentarias comentaba Jorge Melo en una nota editorial del Diario El Comercio, no son materia de una ley, se refieren o existen ya como normas de menor jerarquía, declaran fiestas locales y conceden títulos de capital a ciudades que destacan por alguna razón especial.

En la primera legislatura ordinaria de 1986 se presentaron un total de 444 proyectos de ley, de los cuales 347 correspondían a la iniciativa de Diputados, 44 de Senadores y 33 del Ejecutivo. De ellos, sólo se sancionaron como leyes 83; 36 provenían de iniciativas de Diputados, 25 del Senado y 22 del Poder Ejecutivo.

En el primer año y medio del gobierno aprista, los parlamentarios presentaron más de 2,000 proyectos de ley.

Los siguientes cuadros reflejan en un nivel numérico el trabajo del Parlamento en lo relativo a la producción de leyes. Esta información está referida a la Cámara de Diputados.

CUADRO N° 1

PROYECTOS DE LEY INGRESADOS Y APROBADOS
EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS
DURANTE LA PRIMERA LEGISLATURA ORDINARIA DE 1986(*)

| INICIATIVA | INGRESADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|------------|------------|-----------|
| Diputados | 367 # | 63 | 36 |
| Senado | 44 # | 28 | 25 |
| Ejecutivo | 33 # | 22 | 22 |
| T O T A L | 444 | 113 | 83 |

Se incluyen iniciativas de regímenes parlamentarios anteriores, en el primer caso 25, en el segundo 4 y en el tercero 3.

(*) Publicado en El Comercio el 18 de enero de 1987.

CUADRO N° 2

PROYECTOS DE LEY INGRESADOS Y APROBADOS
EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS DURANTE
LAS LEGISLATURAS ORDINARIAS
Y EXTRAORDINARIAS DE 1987(*)

Primera Legislatura Ordinaria

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|-----------|-----------|
| Diputados | 296 | 49 | 35 |
| Senado | 23 | 12 | 12 |
| Ejecutivo | 23 | 24 | 26 |
| T O T A L | 342 | 85 | 73 |

Primera Legislatura Extraordinaria

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|-----------|----------|
| Diputados | --- | -- | -- |
| Senado | 1 | -- | -- |
| Ejecutivo | 1 | 1 | 1 |
| T O T A L | 2 | 1 | 1 |

Segunda Legislatura Extraordinaria

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|-----------|----------|
| Diputados | --- | -- | -- |
| Senado | --- | -- | -- |
| Ejecutivo | 1 | 3 | 2 |
| T O T A L | 1 | 3 | 2 |

(*) Información otorgada por la Oficina de Tramitación de la Cámara de Diputados.

Segunda Legislatura Ordinaria

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|-----------|-----------|
| Diputados | 182 | 42 | 17 |
| Senado | 14 | 9 | 7 |
| Ejecutivo | 53 | 46 | 43 |
| T O T A L | 249 | 97 | 67 |

Tercera Legislatura Extraordinaria

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|-----------|----------|
| Diputados | --- | --- | --- |
| Senado | --- | 1 | --- |
| Ejecutivo | 2 | 2 | 1 |
| T O T A L | 2 | 3 | 1 |

TOTAL

| INICIATIVA | PRESENTADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|-------------|------------|------------|
| Diputados | 478 | 91 | 52 |
| Senado | 38 | 22 | 19 |
| Ejecutivo | 80 | 76 | 73 |
| T O T A L | 596 | 189 | 144 |

CUADRO NO. 3

PROYECTOS DE LEY INGRESADOS Y APROBADOS
EN LA CAMARA DE DIPUTADOS
DURANTE LA PRIMERA LEGISLATURA ORDINARIA DE 1988(*)

| INICIATIVA | INGRESADOS | APROBADOS | LEYES |
|------------------|------------|------------|------------|
| Diputados | 393 | 129 | 60 |
| Senado | 63 | 27 | 26 |
| Ejecutivo | 23 | 25 | 25 |
| Corte Suprema | 1 | -- | -- |
| T O T A L | 480 | 181 | 111 |

En Senadores, por su parte, de un total de 519 iniciativas presentadas en el período julio 1987 a mayo 1988 se aprobaron 250 proyectos de ley. Entre abril y mayo según un informe proporcionado por la Dirección de Información Legislativa del Senado, publicada en un diario local, se presentaron 245 iniciativas, 91 provenientes del Senado, 56 de Diputados y 98 del Ejecutivo. En ese mismo período, 97 se convirtieron en ley, 20 correspondían a proyectos del Senado, 25 de Diputados y 52 del Poder Ejecutivo.

(*) Datos proporcionados al 25 de enero de 1989 por la Oficina de Trámites de la Cámara de Diputados.

Si comparamos la producción de normas por el Poder Ejecutivo, con estos cuadros constataremos que la mayoría y las normas realmente trascendentes se dan en el Poder Ejecutivo.

Creemos que el rol de los partidos políticos en el Congreso no está bien aprovechado. Por ejemplo, una iniciativa respaldada por un grupo de parlamentarios podría tener preferencia al representar una demanda de un sector de la sociedad cuya representación asume un partido político.

Muchas iniciativas responden a la idea errónea de presentar un proyecto de ley para cumplir así con la función parlamentaria, así quien más proyectos presenta, mejor función desempeña. Por ejemplo, en la primera legislatura ordinaria de 1988, se aprobaron en la Cámara de Diputados 181 proyectos de ley. De ellos aproximadamente 130 se refieren a declaraciones de interés nacional o regional, expropiaciones o creación de provincias. Sólo 40 tienen contenido de leyes como modificaciones a otras leyes, iniciativas relativas al delito de terrorismo o materias ligadas al presupuesto. Otras 4 contienen delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Coincidimos con Marcial Rubio y Enrique Bernaldes(2) cuando afirman la conveniencia de ampliar el derecho de iniciativa a universidades, organizaciones de trabajadores y a los municipios en asuntos que les conciernen. Creemos que debió quedar abierta esta posibilidad en orden a iniciar una ampliación de este derecho que concrete la participación de los ciudadanos a todo nivel.

Presentado el proyecto de ley con su respectiva Exposición de Motivos, el relator da cuenta de él en Primera Hora(3). Previo acuerdo del Plenario, el Presidente de la Cámara decreta su envío a Comisiones Ordinarias(4) para el dictamen, el que deberá producirse dentro de los 60 días siguientes. De no emitirse dictamen dentro del plazo fijado, el autor del proyecto o cualquier Diputado puede solicitar al Plenario la dispensa del trámite de Comisiones y sea puesto en

-
- (2) RUBIO, M. y BERNALES, E.; Op. cit., p. 338.
 (3) Se entiende por Primera Hora, la parte inicial de la sesión. En ella el quorum de parlamentarios es mínimo, se trata lo relativo al Despacho, la Estación de Pedidos que los representantes formulan verbalmente o por escrito, las proposiciones o proyectos de ley, etc.
 (4) El trabajo parlamentario se realiza en Comisiones. Al efecto, existen tres tipos de Comisiones: de investigación, especiales y ordinarias. Las Comisiones Ordinarias tienen por objeto dictaminar proyectos de ley.

Orden del Día(5). De acuerdo al reglamento de la Cámara de Diputados, sólo en el caso en que un proyecto de ley no se admita, el proyecto será fundamentado oralmente por su autor. El proyecto rechazado en la Cámara no puede ser tratado nuevamente en ella ni en la otra Cámara en la misma legislatura.

En mérito a la urgencia de un proyecto de ley, puede ser dispensado del trámite de Comisiones a pedido de cualquier Diputado. La dispensa requiere del voto de dos tercios de los Diputados presentes. El pedido se discute y vota en la Segunda Hora. De acuerdo al Reglamento Interior del Senado de la República, no se puede exonerar del trámite de Comisión para reformas constitucionales, asuntos relacionados con defensa nacional, empréstitos, pago de la deuda externa, creación de impuestos, entre otros.

(5) Se conoce como estación de Orden del Día a la Segunda Hora, segunda parte de la sesión para la cual se requiere un quorum mayor. En este momento se debaten los proyectos de ley, las mociones de órdenes del día y las ratificaciones de nombramientos y ascensos.

b.) Discusión y Aprobación de las leyes

Los dictámenes de las Comisiones son aprobados por unanimidad o por mayoría. Quienes discrepan pueden emitir su dictamen en minoría. Cuando un dictamen está suscrito por la mayoría de miembros, el Presidente de la Cámara dispone su inclusión en Orden del Día. De acuerdo al Reglamento de la Cámara de Diputados, los dictámenes serán conocidos por los Diputados 72 horas antes de la discusión en el Plenario mediante la distribución de copias. Una norma similar contiene el Reglamento del Senado.

La discusión es el acto de deliberación que los miembros de cada Cámara realizan en relación al proyecto presentado. Usualmente, la ley se discute y aprueba artículo por artículo. Aún cuando el voto de los representantes es personal, es decir de conciencia e indelegable, lo que ocurre realmente es que los miembros de un mismo partido político votan en igual sentido. Es decir que, aún cuando los diputados varíen de opinión durante el debate, a la hora de votar difícilmente lo harán en contra de la decisión tomada previamente en el seno de su partido político.

De acuerdo al artículo 192° de la Constitución, los proyectos aprobados por una Cámara pasan a la otra para su revisión. Cuando ambas Cámaras del Congreso coinciden en la aprobación del proyecto de ley, esta etapa de discusión concluye y la ley es redactada y promulgada de acuerdo al procedimiento constitucional. En caso de que la Cámara revisora desapruere o modifique el proyecto de ley ya aprobado por la otra pueden ocurrir dos situaciones. En un primer caso, puede la Cámara de origen aceptar las modificaciones hechas por la revisora en cuyo caso se sanciona la ley con el texto modificado. En un segundo caso, puede ocurrir que la Cámara de origen no acepte tales modificaciones y decida insistir en el texto original, para lo cual necesitará una votación a favor de dos tercios del total de sus miembros. En este momento hay dos alternativas para la Cámara revisora, o bien se allana a la insistencia o bien ella a su vez insiste en el texto modificado, para lo cual debe reunir la opinión favorable de dos tercios de sus miembros. En el primer caso, la ley quedará aprobada con el texto original, en el segundo, no habrá ley.

Finalmente, el proyecto de ley puede ser observado por el Presidente de la República, en cuyo caso

regresará al Congreso para su reconsideración. Si más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara votan a favor del proyecto tal como está, el Presidente del Congreso lo promulga y manda que se publique. La ley así promulgada tiene los mismos efectos que la que promulga el Presidente de la República.

La observación de la ley por el Presidente de la República es una especie de veto suspensivo que en todo caso lo que hace es retrasar la promulgación de la ley, llamando a la reflexión a las Cámaras sobre una ley que juzga inconveniente o cuyo contenido no considera adecuado.

El derecho a observar las leyes constituye un control inter-orgánico propio de los regímenes democráticos donde el poder no está concentrado. Consideramos adecuada su inclusión en la Constitución así como la salida que se da para evitar posibles abusos de parte del Poder Ejecutivo, al insistir en no promulgar las leyes debatidas y aprobadas en el Congreso. Con su inclusión, el sistema se inclina al sistema presidencial aún cuando tiene, como hemos visto, rasgos propios.

En el caso que las observaciones hechas por el Presidente de la República sean acogidas por los representantes parlamentarios, el nuevo texto de la ley será remitido al Presidente de la República para su promulgación dentro de los quince días siguientes.

En este terreno de controles del Parlamento al Gobierno y vice versa, la Constitución no ha podido ser evaluada y es que los dos últimos gobiernos han contado con mayoría en el Congreso. Sin embargo, aunque escasamente ha habido aplicación de estas medidas.

c.) Promulgación y Publicación

La promulgación es el acto por el que el Presidente de la República autentifica el texto de la ley, comprueba la regularidad de su adopción y la declara válida(6). En nuestro sistema, es el Presidente de la República el que normalmente promulga la ley. En este acto se involucra en ella, se trata de un acto voluntario; en efecto, tal como lo hemos señalado, si el Presidente considera inconveniente la ley o inadecuado su

(6) BURDEAU, G.; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", p. 773.

texto puede observarla o inclusive negarse a promulgarla. La promulgación de la ley por el Presidente de la República es consecuencia de la separación de poderes, dice José Pareja Paz Soldán(7) con acierto, pues se encuadra en la relación de control y colaboración entre los poderes del Estado. La ley debe ser el resultado del trabajo armonioso entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento, de no haber acuerdo, la Constitución soluciona el impase acertadamente. El Presidente promulgará la ley que juzga constitucional en cuanto al contenido y a su producción. Lo hace dentro de los 15 días siguientes a la fecha en la que se le entrega el proyecto. Durante este plazo puede también observarlo. El Presidente del Congreso promulgará la ley si los parlamentarios insisten en el texto de la ley, desestimando la observación del Poder Ejecutivo.

El acto de promulgación es la notificación que hace el Presidente de la República a la sociedad sobre la existencia de una ley, de allí que no pueda entenderse promulgación y publicación como actos independientes.

(7) PAREJA PAZ SOLDAN, J.; "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979", p. 309.

El artículo 87° de la Constitución señala que la publicidad es esencial para la existencia de toda norma jurídica. La ley, dice el artículo 195°, es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma ley.

En nuestro sistema, la publicidad es pues requisito *sine qua non* de la obligatoriedad de la ley, aquello no conocido, o mejor dicho no dado a conocer no puede ser exigido. Entendemos por ello que la excepción en cuanto al plazo debe interpretarse como cualquier número de días ulteriores a la publicación, de otra manera se entraría a contradecir el principio que claramente recogen los constituyentes. La publicidad de las leyes es un principio fundamental del Estado democrático de derecho.

Promulgar, dice el Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia es "publicar una cosa solemnemente, hacerla saber a todos". La publicación de la ley es una obligación del Estado y una garantía a los ciudadanos. Una vez publicada la ley, nadie puede eximirse de su cumplimiento alegando no conocerla. La promulgación hace a la

ley perfecta y le da fecha, la publicación le confiere su fuerza obligatoria. Las leyes tienen un orden correlativo desde 1904.

Cabe preguntarse qué ocurriría si promulgada una ley no se publica por omitir el Presidente de la República la orden correspondiente. La doctrina se ha ocupado del caso, encontrando solución en la orden de publicar por el Presidente del Congreso. No hay disposición constitucional, pero creemos que tal interpretación es posible.

Distinto es el caso de las leyes que en doctrina se conocen como reservadas o secretas. En Argentina se creó una doctrina que distinguía entre promulgación y publicación de una ley. La Corte llega a sostener que si una ley dispone que ella rija a partir de su promulgación y no desde su publicación, ello tenía validez constitucional⁽⁸⁾. Un sector de la doctrina justifica la existencia de estas leyes en la gravedad de los asuntos que ellas contienen. Golschmitt las acepta cuando están referidas a la defensa nacional, Bentham en caso de negocios exteriores a fin de no favorecer los proyectos del

(8) QUIROGA LAVIE, H.; "Derecho Constitucional", p. 449.

enemigo, otros en caso de tratarse de asuntos relacionados con la defensa de la soberanía, integridad territorial o relaciones inter-estatales(9).

Otro sector de la doctrina, más amplio, ve en la publicación de la ley un elemento esencial. Ya Hobbes decía que la ley establecida si no se da a conocer no es ley, la existencia de las leyes secretas está reñida con los principios de un Estado Democrático de Derecho y por ello son inaceptables en el Perú, cuya Constitución es muy clara.

La publicidad de los actos de gobierno son un elemento necesario para efectivizar la responsabilidad de los gobernantes. Nestor Sagués sostiene que,

"...el secreto, como hecho político, implica desde ya una cortina entre la autoridad política y los miembros de una comunidad... El ocultamiento del acto político implica otra idea paralela: la concepción de la decisión política como algo propio del poderoso, es decir, como algo ajeno a los gobernados"(10).

(9) SAGUES, N.; "Las Leyes Secretas", p. 47.

(10) SAGUES, N.; Op. Cit., p. 20.

La Corte Suprema de la República se ha pronunciado sobre las leyes secretas; ha sostenido que "el sigilo o esoterismo legislativo constituye un caso de inconstitucionalidad de las leyes, no convalidable por la publicación subsecuente en la prensa privada castrense". En una sentencia sobre una acción de amparo presentada por el general Hardy Montoya, la Corte Suprema sostuvo que la Resolución que dispone su pase al retiro "carece de eficacia legal y normativa por trasgredir el artículo 87°, segundo párrafo de la Constitución, donde se establece inequívocamente que la publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado". La Resolución se fundamenta en el Decreto Ley 20765 no publicado en el diario oficial "El Peruano", data de los años del gobierno militar.

En una nota editorial en el diario El Comercio, edición del 23 de enero de 1987, se trata sobre la publicidad de las normas. En ella se señala que la claridad en el lenguaje utilizado es consecuencia necesaria del requisito de publicar las normas pues su fundamento es hacerlas conocer para exigir su cumplimiento obligatorio. Sería inaceptable una ley redactada en clave o ininteligible. "El mandato de claridad normativa propio de un Estado de

Derecho prohíbe que se utilicen conceptos imprecisos que puedan conceder una discrecionalidad judicialmente irrevisable", sostiene Christian Starck(11).

La editorial referida respondía a una denuncia hecha en la Cámara de Diputados sobre la existencia de normas que no habían sido publicadas. El Senador Linares Gallo sostuvo públicamente que de un total de 86 leyes no publicadas, 42 habían sido anuladas y 27 eran consideradas reservadas por tratar de asuntos de defensa nacional. El Diputado Agustín Haya sostuvo que eran 24 las normas no publicadas que pertenecían al sector de defensa y 58 de otros sectores. El hecho fue admitido por el Primer Ministro Luis Alva Castro, quien sostuvo que en 1987 eran 27 los dispositivos reservados que el gobierno aprista no publicó. Añadió que 4 se dieron a publicidad pero no se publicaron. Entre las referencias de las normas no publicadas estaban: el incremento de remuneraciones del personal de las fuerzas armadas y policiales, la aprobación del Protocolo modificador del Convenio de Préstamo otorgado por la URSS al Perú.

(11) STARCK, Christian; "El concepto de Ley en la Constitución Alemana", p. 91.

la aprobación del Convenio de Préstamo de los Estados Unidos al Perú para la adquisición de bienes y servicios para Pliegos de Defensa Nacional, la autorización a ECASA para concertar créditos internos para financiar una campaña arrocera, entre otros.

Más allá de las diferencias numéricas sobre las normas no publicadas, debemos establecer claramente que éstas no deben existir: la publicidad es esencial para la existencia de toda norma jurídica. La Constitución es muy clara en este punto.

3.1.2 Leyes Orgánicas

El primer problema al que nos enfrentamos en este tipo de leyes es el de su definición y ámbito material de aplicación. En efecto, los constituyentes no definieron qué era una ley orgánica ni siquiera dejaron la posibilidad de deducir una definición a partir de las reservas hechas a lo largo del texto constitucional pues estas carecen de coherencia entre sí y con respecto al resto del texto constitucional.

El artículo 194° de la Constitución dice que los proyectos de leyes orgánicas se tramitan como cualquier otra ley, para su aprobación requieren de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara.

Toda ley orgánica debe sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 194° de la Constitución. Es aquí donde pueden presentarse dificultades con las materias que debieran regularse mediante ley orgánica, pero no hay reserva en su favor en el texto constitucional. Creemos que ellas deben tener el procedimiento de las leyes orgánicas y denominarlas de esa forma, para así reconstruir el sistema en este punto que aparece rodeado de imprecisiones por su escasa regulación. Para ello es necesario determinar qué materias deben ser reguladas por ley orgánica.

La Constitución remite la regulación de diversas materias a leyes orgánicas en los artículos 140° (Organismos del Sector Público), 251° (Ministerio Público), 258° (Municipalidades), 277° (Fuerzas Policiales), 303° (Tribunal de Garantías Constitucionales), Novena Disposición General y Transitoria (Creación de Regiones), Décimo Primera y Décimo Tercera Disposición General y Transitoria (Ley Orgánica del Poder Judicial).

La ennumeración de materias reservadas a leyes orgánicas parecen estar hechas al azar salvo que constituya una ennumeración no taxativa para dar una idea sobre el tipo de materias que una ley orgánica debe tratar.

Decimos que parece estar hecha al azar porque no vemos razón alguna para remitir la regulación de la estructura y funcionamiento del Ministerio Público y del Tribunal de Garantías Constitucionales a una ley orgánica, sin hacer lo mismo con otros entes autónomos como por ejemplo el Jurado Nacional de Elecciones o la Contraloría General de la República. Se menciona en las disposiciones generales y transitorias una Ley Orgánica del Poder Judicial y no se da ese carácter a las leyes que aprueban la organización y funciones del Poder Ejecutivo, Reglamento de las Cámaras y del Congreso.

Ahora bien, puede ser que la intención del legislador constituyente no haya sido dar una ennumeración taxativa de materias sino señalar algunas con el objeto de dar una idea sobre el tipo de materias reservadas a leyes orgánicas. Concluiremos en este caso que ley orgánica será toda norma cuyo contenido desarrolle instituciones del Estado. Por lo tanto, aún cuando la Constitución no haga referencia a ley orgánica en materias que desarrollen la parte orgánica

de la Constitución, su regulación deberá hacerse mediante este tipo de ley. A esta conclusión llegaremos también por interpretación ante la omisión de mayores detalles sobre este tipo de leyes en el texto constitucional.

En el seno de la Asamblea Constituyente el señor Jesús Veliz Lizárraga (12) propuso diversas terminologías para las leyes. Leyes orgánicas se llamarían aquellas que regulen las instituciones de Derecho Público. En el Perú no hay una idea clara sobre lo que es una ley orgánica. Para muchos constituye una ley de organización. Nosotros creemos que en adelante, las leyes orgánicas deberán ser usadas para desarrollar la Constitución, acercándose al concepto francés y deben constituir reserva de ley parlamentaria.

Rescatando del modelo español la idea de indelegabilidad de las leyes relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, estas deben constituir en nuestro sistema legislativo reserva de ley parlamentaria sin necesidad de incluirlas entre las leyes orgánicas. En efecto la Constitución española da el carácter de leyes orgánicas a "las relativas al desarrollo de los derechos

(12) Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, T. VII, p. 214.

fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y al régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución"(13). La Constitución prevé 17 casos. Luego de delimitar el ámbito material de aplicación señala el quorum calificado necesario para su aprobación, modificación, o derogación. España es un caso excepcional pues en la generalidad de países por ley orgánica se desarrolla la parte orgánica de la Constitución no lo relativo a los derechos y libertades. Sin embargo, creemos que es positivo exigir quorum calificado para la regulación de estas materias.

Tradicionalmente, los juristas han definido una ley orgánica como aquella que derivando inmediatamente de la Constitución, tiene como finalidad desarrollar la organización de una rama de la Administración Pública. Hariou las define como aquellas que tienen como contenido precisar la organización o el funcionamiento de los poderes públicos, desarrollando principios o reglas enunciadas en la Constitución(14). Cabanellas las define como "la dictada con carácter complementario a la Constitución de un Estado... para desenvolver un precepto o institución"(15). Burdeau

(13) Artículo 81° de la Constitución Española.

(14) HARIOU, A.; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", p. 713.

(15) CABANELLAS, G.; "Diccionario Jurídico Elemental", p. 186.

señala que las leyes orgánicas son aquellas leyes ordinarias que tratan cuestiones relativas a las instituciones constitucionales(16), tradicionalmente, dice, no han formado parte de la Constitución aunque la completan.

Luis Sotomayor Valdez(17) sostiene que en el sistema legislativo peruano las leyes orgánicas son leyes de organización del Estado.

Francisco Eguiguren sostiene que dentro de nuestra tradición constitucional y legislativa,

"... la denominación 'ley orgánica' ha sido entendida como sinónimo de toda ley que regula la organización y funciones de órganos del Estado, organismos y dependencias públicas... Poder Judicial... Ministerios, organismos estatales descentralizados e inclusive empresas públicas. Si nos atenemos a las materias que específicamente la Constitución remite a su normación mediante ley orgánica... se trata de ciertos órganos del Estado y órganos constitucionales autónomos por lo que estaría inclinada hacia una opción que reserva esta vía para desarrollar la parte orgánica de la Constitución" (18).

(16) BURDEAU, G.; "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", p. 87.

(17) SOTOMAYOR VALDEZ, Luis; "El Sistema Legislativo Peruano"; p. 15.

(18) EGUIGUREN PRAELLI, F.; "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación", p. 419.

El autor español Angel Garrorena hace una dura crítica a la inserción de las leyes orgánicas en la Constitución española. Señala que el concepto de ley orgánica nace en Francia, donde la función legislativa es compartida en un reparto de competencias entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Dentro del sistema francés, el reglamento puede ocupar legítimamente áreas como norma primera y de mayor jerarquía siempre que no estén reservadas a una ley parlamentaria. En España, lo que funciona no es la reserva de ley sino preferencia de la ley, ya que en principio, la ley tiene un ámbito material de aplicación general. El autor señala que el origen de la ley orgánica es reafirmar la dignidad de las decisiones normativas parlamentarias elevando el rango sobre las demás leyes venidas a menos por su paridad con el reglamento.

Sin embargo, en España, ningún tipo de norma disputa a la ley contener las decisiones soberanas y primeras. La introducción de las leyes orgánicas se convierte así en una "gratuita reafirmación de la entidad de la ley operante en un contexto en el que dicha entidad no necesita ser reafirmada"(19). Añade que una formalidad por ser introducida no posee justificación y entidad propias, sólo alcanzan a

(19) GARRORENA, A.; op. cit.; p. 129.

existir con coherencia si acreditan su derecho a ocupar un espacio dentro del sistema jurídico(20).

Creemos que en el caso peruano acreditan su incorporación por responder a la necesidad de reservar un espacio infranqueable a otras normas con rango de ley distintas a la ley parlamentaria. Este espacio lo constituye el desarrollo de los órganos del Estado y de los entes a los que la Constitución ha dado el carácter de autónomos que están llamados a formar el Bloque de Constitucionalidad.

Otros problema que se ha suscitado en torno a las leyes orgánicas es el de su jerarquía. Determinar si ellas ocupan un lugar específico dentro de la construcción escalonada del sistema jurídico distinto al de las leyes y superior a ellas ha sido la inquietud de muchos constitucionalistas en los últimos años.

Hariou sostuvo que ellas ocupan un lugar intermedio entre la Constitución y la legislación ordinaria(21). Burdeau opina que si bien tradicionalmente no han tenido un lugar especial dentro del ordenamiento jurídico debe creárseles un escalón intermedio entre las leyes constitucionales y las

(20) GARRORENA, A.; "Las leyes orgánicas", p. 170.

(21) HARIU, A.; op. cit.; p. 713.

leyes ordinarias(22). Justifican esta posición en el hecho que las leyes orgánicas tienen un contenido específico y un procedimiento especial no sólo en la votación sino por exigirseles opinión previa favorable del Consejo Constitucional.

Entre los españoles como hemos visto, hay una severa crítica a la inserción de este tipo de leyes al ordenamiento jurídico. Sin embargo, coinciden con lo que la ley del Tribunal Constitucional ha establecido, a saber, que la ley ordinaria o cualquier otro tipo de ley que legisle sobre materias reservadas a leyes orgánicas será inconstitucional por infringir el artículo constitucional en el que se hace la reserva. Ellos justifican la inconstitucionalidad no en la mayor jerarquía que pueda tener una ley orgánica frente a la ordinaria sino por el principio de competencia *ratione* materias que ahora comparte el protagonismo con el principio de jerarquía. El principio de competencia opera a partir del acotamiento y consiguiente separación de ámbitos competenciales diferentes cuyo tratamiento se reserva a órganos y procedimientos determinados con exclusión de todos los demás posibles(23).

(22) BURDEAU, G.; op. cit.; p. 88.

(23) FERNANDEZ, Tomás Ramón; op. cit.; p. 80.

De nuestra Constitución no podemos deducir que la ley orgánica tenga mayor jerarquía que las otras normas con rango de ley. La jerarquía de las normas no es nunca jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de los mismos(24). La ley orgánica tiene vocación jerárquica superior pero no tiene mayor rango.

Sin embargo, al igual que en el sistema español, una ley ordinaria que ocupe el lugar reservado a una orgánica devendrá en inconstitucional por contradecir el principio de competencia consagrado a este tipo de normas. Si bien la Constitución no establece un reparto de competencias entre dos sujetos diferentes sí ha establecido una separación de materias para el mismo sujeto que actúa con distintos procedimientos.

Una ley orgánica sólo se modifica o deroga mediante otra que reúna la misma votación.

"La ley ordinaria no puede, en efecto, modificar o derogar una ley orgánica, pero no puede hacerlo no porque su rango normativo se inferior al de esta, sino

(24) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Op. cit., p. 27.

más bien porque la Constitución le veda el acceso...".(25)

Este carácter de invulnerabilidad por la ley ordinaria debiera aplicarse en el Perú. Sin embargo, al carecer nuestra producción legislativa de una buena técnica, no sólo no se respeta la invulnerabilidad de leyes orgánicas por las ordinarias sino que existe un desconcierto entre los legisladores sobre las normas que deben de tener este carácter.

De hecho, las leyes orgánicas cuya reserva hizo la Constitución por el principio de competencia solo deben regularse, modificarse y derogarse mediante una ley orgánica. Son muchas las leyes orgánicas que han sido modificadas por leyes ordinarias o decretos legislativos(26).

Dentro de esta confusión reinante hay leyes que se llaman orgánicas sin serlo y otras que debiendo serlo por la naturaleza de la materia que regulan, son leyes ordinarias. Finalmente, hay quienes sostienen que ley orgánica es toda aquella que se aprueba con el procedimiento previsto por la Constitución.

(25) GARCIA DE ENTERRIA, E.; "Curso de Derecho Administrativo"; p. 152.

(26) Tal es el caso de la Ley de Bases de la Regionalización.

Una ley que regule la función legislativa podría aclarar el concepto, enumerando las materias que deben ser reguladas por ley orgánica. Las leyes orgánicas deben llevar un primer artículo que las identifique como leyes orgánicas y preveer expresa que no serán derogadas o modificadas por leyes ordinarias. Es decir reconocer su rigidez formal y su invulnerabilidad por ley ordinaria. Otra forma de identificarla podría intentarse añadiendo al título la palabra orgánica "Ley Orgánica de Bases de la Regionalización". Ley Orgánica N° 24650.

Un tercer problema al que nos enfrentamos es el de la delegabilidad de las leyes orgánicas. Se trata de determinar si mediante decreto legislativo puede dictarse una ley orgánica.

Muchos consideran que el procedimiento establecido para su aprobación constituye el mayor obstáculo para su delegación al Poder Ejecutivo. La razón del procedimiento está ligado al contenido de estas leyes llamadas a completar la Constitución regulando aspectos relativos a la organización y funciones de órganos del Estado o entes autónomos. En este sentido, completan la Constitución, sus normas definen también el tipo de Estado de una sociedad determinada. Por esta razón alguien ha dicho que al dictar leyes orgánicas el

Parlamento ejercita una suerte de poder constituyente permanente. Las leyes orgánicas están llamadas a configurar el Bloque de Constitucionalidad que complementa las normas abiertas de la Constitución.

De allí que sea necesario que estas normas se discutan en el seno de la Asamblea Parlamentaria, donde hay una representación plural. La ley orgánica será producto del consenso y se escuchará a la minoría.

Coincidimos con Francisco Eguiguren quien concluye que aunque en la Constitución Peruana no exista disposición expresa que prohíba la delegación legislativa al gobierno en materia de leyes orgánicas, un análisis conceptual y sistemático nos lleva a la convicción de que estas normas son indelegables en el Perú. Sostiene que no es casual que los ordenamientos constitucionales de Francia, España e Italia, inspiradores de la actual Constitución Peruana, coincidan en reservar para el Parlamento la dación de las leyes orgánicas y prohíban su delegación al gobierno, logrando que materias de especial trascendencia y organización del Estado escapen a su control.(27)

(27) EGUIGUREN, Francisco; "La legislación delegada en la Constitución Peruana de 1979"; En: Derecho N° 39; p. 166.

Sin embargo, los dos últimos gobiernos han interpretado que el artículo 194° que señala el procedimiento específico para las leyes orgánicas se cumple al ser aprobada la ley autoritativa con la mayoría requerida. Por las razones antes expuestas, creemos que estas leyes son inconstitucionales al burlar la reserva hecha por la Constitución para un tipo específico de leyes.

3.1.3 Leyes Interpretativas de la Constitución

En los últimos años se han planteado en torno a este tipo de leyes diversos problemas. En primer lugar, se ha cuestionado su existencia, se ha discutido su inclusión dentro del sistema legislativo peruano, así como su distinción frente a una ley modificatoria del texto de la ley interpretada y finalmente se han vertido diversas opiniones en cuanto a su plazo de vigencia.

En cuanto a la existencia de este tipo de leyes, en doctrina se han conocido como aquellos "actos normativos específicos encaminados a sustituir la obra

del intérprete"(28). Se trata de la interpretación auténtica "obra del propio legislador, fuente complementaria y acto legislativo nuevo, por el cual el sentido y el valor de un texto anterior son precisados"(29).

La interpretación auténtica que realiza el legislador está destinada a descartar aquellas interpretaciones alternativas a las que el intérprete común hubiera llegado a través de los métodos tradicionales de interpretación, soluciones válidas hasta antes de la dación de una ley con la interpretación oficial.

El autor peruano Sigfredo Orbegozo(30) ha sostenido que la interpretación auténtica corresponde al órgano que elabora la norma, concluye que las normas constitucionales no son susceptibles de ser interpretadas por el Congreso en una interpretación legislativa ordinaria. Otros autores sostienen que es un despropósito que el legislador interprete la ley que él mismo dió. Ellos sostienen que es la falta de claridad y precisión normativa, propia de las normas de

(28) PIZZORUSSO, A.; "Lecciones de Derecho Constitucional", p. 202.

(29) DU PASQUIER, C.; "Introducción al Derecho", p. 112.

(30) CONSULTAS, Revista del Foro, año LXIII, No. 1, pp. 378 y ss.

un Estado de Derecho la que conlleva la subsiguiente interpretación. Al respecto, debemos señalar que esto no siempre es así, no necesariamente el legislador que da la ley es el mismo que la interpreta aunque se trate del mismo órgano, pues sus miembros pueden haber variado. Puede ocurrir que se interprete una norma que fue producida por un órgano distinto al que la interpreta. Por lo demás, con frecuencia la ley que aparentemente se da con las características de claridad y precisión termina necesitando ser interpretada un tiempo después, ya que la realidad es infinitamente más rica en posibilidades de lo que los legisladores pueden preveer.

Las leyes interpretativas de la Constitución son denominadas por algunos "leyes constitucionales" por complementar, precisar, aclarar y concretizar la aplicación de la norma constitucional. No han sido expresamente incorporados en la Constitución aún cuando existen normas que nos permiten deducir su aplicación y vigencia en el sistema legislativo peruano.

El inciso 1 del artículo 186° de la Constitución señala que es atribución del Congreso interpretar las leyes y resoluciones legislativas. Hay pues leyes interpretativas. Creemos que el Congreso puede interpretar la Constitución aclarando y precisando

términos que no sean unívocos por tener la función legislativa como atribución, específicamente la atribución de interpretar las leyes existentes. Creemos que el término "leyes" en este contexto, abarca además de las leyes parlamentarias, los decretos leyes, decretos legislativos e inclusive normas constitucionales.

Ya hemos analizado cómo con frecuencia los constituyentes han utilizado el término "ley" para aludir a toda norma legal o para un determinado conjunto de normas no circunscrito a la ley parlamentaria. Sin embargo, coincidimos con la opinión expresada por Francisco Eguiguren⁽³¹⁾ en cuanto a lo conveniente que hubiera resultado tipificar expresamente esta clase de normas a fin de regularlas exigiendo algunos requisitos formales tendientes a lograr que sean consecuencia de un cierto consenso en el Congreso.

En la interpretación constitucional es necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica de la interpretación, pues si una interpretación implica necesariamente una modificación de la norma que se

(31) EGUIGUREN, F.; "El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Artículo 211° inciso 20 de la Constitución", en *Themis*, No. 6, 1987, p. 43.

interpreta, la interpretación constitucional requeriría de una reforma constitucional para lo cual sería indispensable recurrir al procedimiento pre-establecido en el artículo 306° de la Constitución para tal efecto.

Interpretar es explicar el sentido o la significación de una cosa. Interpretar, dice el autor Alessandro Pizzorusso, es "... aclarar el significado cierto de un determinado acto o hecho normativo"(32). La posibilidad que el legislador opte por modificar una norma dictando otra es perfectamente válida como lo es la alternativa de interpretarla.

El tema de las leyes interpretativas de la Constitución ha sido discutido en el Colegio de Abogados de Lima a propósito de una consulta que hiciera el Presidente de la Comisión de Constitución del Senado en el año de 1986, con referencia a un proyecto de ley presentado por el Senador Enrique Bernaldes, para interpretar un término utilizado en la Constitución. El dictamen aprobado por la entonces directiva del Colegio de Abogados de Lima fue emitido por el Doctor Pedro Flores Polo, quien sostuvo que "... la Constitución no puede enmendarse en vía de ley interpretativa, sino cumpliendo los mecanismos de

(32) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., p. 163.

reforma constitucional". Aludiendo a la pirámide jurídica kelseniana, opinó que "... las normas constitucionales no pueden ser modificadas ni interpretadas por una ley que es norma de menor jerarquía"(33).

Al respecto debemos señalar en primer lugar, que interpretar no es modificar. Tal como hemos señalado, cada palabra tiene su propio significado y jurídicamente se trata de dos alternativas distintas para el legislador. El peligro que mediante una ley interpretativa se disfrace una modificación a la Constitución no es suficiente razón para no distinguir entre ambos conceptos y considerar a las leyes interpretativas como una alternativa del Estado dentro de los instrumentos legislativos con rango de ley. Es cierto que los umbrales entre la modificación de una ley y su interpretación no serán de fácil determinación en algunos casos. La posible deformación de la ley interpretativa que modifique la norma constitucional omitiendo el procedimiento y las formalidades requeridas podrá ser revisada judicialmente y, en caso de existir conflicto, el juez de acuerdo al artículo 236° de la Constitución tiene la delegación de preferir la norma constitucional a la legal ordinaria. De otro

(33) *Revista del Foro*, Año LXIII, No. 1, p. 378.

lado podrá iniciarse contra ella acción de inconstitucionalidad por contravenir a la Constitución.

En segundo lugar, creemos que la ley interpretativa en tanto no modifique la Constitución no se encuentra reñida con la estructura piramidal del ordenamiento jurídico que recoge el artículo 87° de la Constitución. Al respecto, el autor italiano Pizzorusso sostiene que "... nada impide el que una fuente subordinada se emplee para introducir normas interpretativas de las que resultan de una norma superior"(34). Por lo demás, esto es lo que ocurre con muchos decretos supremos al reglamentar las leyes. Nada impide que una norma de inferior jerarquía interprete a una norma superior.

Recientemente, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso la interpretación de una ley. el pedido suscitó diversos comentarios a favor y en contra. El Senador Luis Alberto Sánchez(35) sostuvo que el pedido se encuadraba en la Constitución. El entonces Decano del Colegio de Abogados, Doctor Raúl Ferrero Costa(36) sostuvo que cabe la solicitud del Poder Ejecutivo para modificar o derogar una ley pero no para

(34) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., p. 163.

(35) SANCHEZ, L.A.; En Caretas, 25 de enero de 1988.

(36) FERRERO COSTA, R.; En El Comercio, 8 de enero de 1988.

interpretarla como requisito para exigir su cumplimiento, pues por esa vía de la aparente oscuridad legal se podría escudar cualquier gobierno para incumplir una ley aduciendo falta de claridad.

El Presidente de la República tiene la facultad de observar las leyes, puede remitir un proyecto de ley para modificar en todo o en parte una ley existente. Creemos que puede pedir que se interprete una ley o una norma constitucional siempre que no suspenda su promulgación o aplicación mientras se dé una ley interpretativa, en el caso de no haber tenido acogida al observar el proyecto. Esta facultad se encuadra dentro de la obligación genérica de cumplir y hacer cumplir las leyes, ya que para cumplirlas a cabalidad se requieren leyes claras y precisas y, en caso de contener términos no unívocos, darle contenido a ellos aclarándolos.

En torno al problema de la vigencia de las leyes interpretativas, hay dos opiniones contrapuestas. De un lado, hay quienes sostienen que ellas rigen de acuerdo al artículo 195° de la Constitución desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo disposición distinta de la propia ley. Es decir, que el plazo podrá eventualmente acortarse

pero deberá ser posterior a la publicación de la norma en el diario oficial.

De otro lado, hay quienes sostienen que se trata de una ley con efectos retroactivos. Es decir, que desde su publicación, el texto de la ley interpretativa se entiende como parte integrante desde un inicio de la norma interpretada. La aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia(37).

La mayor parte de la doctrina sostiene que las leyes interpretativas rigen con efectos retroactivos. Pizzorusso sostiene que la única diferencia que la ley de interpretación auténtica presenta respecto de una ley normal derogatoria (y sustitutoria) de otro texto normativo viene dada por el carácter naturalmente retroactivo que habrá de predicar la primera por su explícita condición interpretativa(38).

Quienes le niegan efectos retroactivos a las leyes interpretativas encuentran un sólido argumento en el hecho que la Constitución señala claramente las

(37) RUBIO CORREA, M.; "Retroactividad, Introactividad y Ultra-actividad", en Para Leer el Código Civil, p. 26.

(38) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., p. 203.

excepciones al principio de irretroactividad de la ley enunciado en el artículo 187° de la Constitución, no se incluye a las leyes interpretativas sino únicamente las leyes penales, laborales y tributarias.

Nosotros creemos que la solución más coherente es darle a las leyes interpretativas efectos retroactivos. Sin embargo, el juez deberá estar atento para que leyes modificatorias no escondan detrás del título de leyes interpretativas para gozar de la aplicación retroactiva.

3.1.4 Leyes Marco o de Bases

Se conoce bajo la denominación de "ley marco" o "ley de bases" a aquellas leyes que se limitan a enunciar principios generales relativos a una materia dejando para otro órgano la regulación de detalles. Este tipo de leyes constituye una técnica legislativa para los casos en los que dos órganos en virtud de una delegación de facultades regularán una misma materia. Se trata de una ley habilitante de competencia.

Hay leyes que debiendo ser legisladas por el Congreso por la importancia de la materia, su

complejidad y extensión, la necesidad de sistematizar y coordinar hacen que sea muy difícil de realizar por un órgano colegiado. En tales casos, puede el Congreso optar por dar una ley estableciendo los principios inspiradores generales para que sean desarrollados por un grupo técnico más reducido. Este es el caso de los códigos civil, tributario o penal, por ejemplo.

Nuestra Constitución no contempla en forma expresa las leyes marco como sí lo hace la francesa, por ejemplo, al determinar las materias en las que la ley establece principios fundamentales o la española. La Constitución española señala que la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo debe hacerse mediante ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados. A través de esta ley se determinan los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. En el Perú, este tipo de normas es otra alternativa para el Congreso en la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo o a los Gobiernos Regionales.

3.1.5 Resoluciones Legislativas

Son los instrumentos por el que se incorpora a la legislación nacional los tratados que no colisionan con normas constitucionales o relativas a derechos humanos.

José Pareja Paz Soldán⁽³⁹⁾ la define como aquella decisión aprobada por las Cámaras que se refiere a un asunto personal o particular. Por ejemplo, la ratificación de ascensos o de nombramientos, aprobación de tratados, entre otros.

Si por ley entendemos toda regla de derecho que por serlo es general, que emite el Parlamento según los procedimientos constitucionales pre-establecidos, las resoluciones legislativas no son leyes.

(39) PAREJA PAZ SOLDAN, J.; "Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979", p. 304.

3.2 NORMAS CON FUERZA DE LEY QUE EXPIDE EL PODER EJECUTIVO

3.2.1 Actividad Legislativa del Poder Ejecutivo

Tradicionalmente, el Congreso fue el órgano encargado de elaborar la ley mientras que el Poder Ejecutivo concurría a otorgarle o denegarle validez a través de la promulgación o veto. Posteriormente el Poder Ejecutivo asume además un rol en la formación de las leyes presentando proyectos. Si bien es verdad que el Poder Ejecutivo ha realizado actividad legislativa al reglamentar las leyes, sólo con las Constituciones modernas se amplían las funciones de este órgano dándole la facultad de producir normas con rango de ley. Esta decisión se motivó fundamentalmente en la necesidad de acortar los plazos cuando una situación de hecho debe recibir del Estado una solución legal sin esperar el largo procedimiento parlamentario; en lograr mayor coherencia en el desarrollo de leyes de carácter técnico o materias específicas. Hasta hace algunos años las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, en cuanto a la función legislativa podían definirse mediante la analogía Parlamento: Gobierno::Ley: Reglamento. En el Perú desde 1979 esta situación sufre una variación sustancial.

La Constitución peruana prevee que el Poder Ejecutivo legisle y dicte normas con rango de ley previa delegación de facultades por el Congreso, de acuerdo a los Artículos 188° y 211° inciso 10). El ejercicio de la función legislativa por el Poder Ejecutivo, según señala Pedro Quirós Cárdenas(40), "puede conciliarse con el principio de legalidad y el Estado de derecho... en la medida que está admitida por la Constitución, regulada por la ley y sujeta a la doble fiscalización parlamentaria y jurisdiccional".

El Poder Ejecutivo legisla también a través de los llamados decretos de necesidad y urgencia cuya fuente constitucional es el inciso 20) del Artículo 211° que señala las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República.

Por último, están vigentes una numerosa cantidad de Decretos Leyes, -normas con fuerza de ley que se dictaron durante los gobiernos de facto-, cuya validéz nadie cuestiona.

La actividad legislativa del Poder Ejecutivo se encuadra dentro de las relaciones de control y colaboración entre los diversos órganos del Estado en

(40) QUIROS CARDENAS, P.; "La Delegación de facultades Legislativas por el Congreso al Ejecutivo"; p. 167.

los que se distribuye el Poder. No obstante, hemos sido testigos durante los últimos 10 años de la abundante producción legislativa del Poder Ejecutivo, que excede ampliamente lo previsto por los constituyentes de 1979 al legislar sobre el rol del Poder Ejecutivo en el modelo de Estado que diseñaron. En este modelo (supra 1.2) el Poder Ejecutivo desempeña un rol de colaborador en el iterlegislativo y de colegislador excepcionalmente. A este exceso en la producción legislativa ha contribuido sin duda alguna, el hecho que las mayorías del Congreso pertenecían al partido de gobierno, mayorías que ejercieron tímidamente el control sobre la legislación y actos del Poder Ejecutivo.

Si se contabilizan las leyes que han dado los Parlamentos de los dos gobiernos anteriores y los decretos legislativos, los primeros son numéricamente más(41); sin embargo, si tomamos en cuenta los decretos que el Poder Ejecutivo emitió invocando el inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución y restamos aquellas leyes que no lo son por su contenido, ya que constituyen declaraciones de necesidad y

(41) Durante el gobierno de Fernando Belaunde se dictaron 348 decretos legislativos, el Congreso en ese mismo periodo dió 1081 leyes. Durante el gobierno de Alan García son aproximadamente 262 los decretos legislativos y la producción del Congreso fue de 1246 leyes.

utilidad pública o interés nacional, concluiremos que la actividad legislativa ha sido desempeñada fundamentalmente por el Poder Ejecutivo. Sobre el uso indiscriminado de la delegación de atribuciones legislativas Marcial Rubio y Enrique Bernales (42) advierten que puede fácilmente desembocar en una dictadura constitucional. Francisco Eguiguren(43) califica este hecho como un peligroso distanciamiento *del modelo* *institucional* con la realidad.

La opción de los constituyentes dista del reparto de competencias al estilo francés entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. No obstante rompen con el esquema nacional y rígido en el cual el Poder Legislativo tenía el monopolio en la producción de leyes. Se han introducido instituciones nuevas para el sistema legislativo peruano mediante una escasa regulación.

A continuación desarrollaremos algunas de las instituciones introducidas por la Constitución y que ameritan una ley del sistema legislativo para hacer aquellas precisiones que requieren para su ejercicio

(42) RUBIO, M.; BERNALES, E.; op. cit.; p. 337.

(43) EGUIGUREN PRAELI, F.; "Funciones Legislativas del Ejecutivo"; En: La Constitución Peruana y sus Problemas de Aplicación; p. 403.

dentro de los principios del Estado social y democrático de derecho.

3.2.2 Decretos Legislativos

Con innegable acierto y buen criterio los constituyentes incorporan esta institución a la Constitución peruana. José Pareja Paz Soldán(44) señala que casi no hay Constitución contemporánea que no consagre esta facultad extraordinaria que califica como una de las innovaciones más importantes de la Carta de 1979.

Loewenstein ha sostenido que la delegación de facultades legislativas..."se ha convertido en una manifestación universal de la época tecnológica"(45).

Como antecedente de esta institución se cita el plebiscito convocado por el Presidente general Oscar R. Benavides cuya finalidad fue aprobar varias reformas constitucionales. Una de ellas proponía la

(44) PAREJA PAZ SOLDA, J.; "El Régimen Presidencial en la Constitución de 1979". En: Derecho N° 35, p. 171.

(45) LOEWENSTEIN; op. cit.; p. 273.

incorporación de un párrafo al Artículo 123° de la Constitución de 1933, con la finalidad de autorizar al Poder Ejecutivo para que dicte las leyes que fueran necesarias sobre las materias que para el efecto señalaría la ley autoritativa, atendiendo a las circunstancias que pudieran ocurrir durante el receso parlamentario.

El plebiscito fue aprobado pero sin el procedimiento prescrito para la reforma de la Constitución. Estuvo vigente durante el primer gobierno de Manuel Prado. El Congreso elegido en 1945 aprobó entre sus primeras leyes una que derogaba las reformas constitucionales introducidas.

Durante el primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para que apruebe leyes tributarias y técnicas para equilibrar el presupuesto. Al margen de la conveniencia y oportunidad de estas normas lo que resulta discutible es la posibilidad que el Congreso delegue sus facultades legislativas cuando la Constitución no lo faculta. Al parecer, el Congreso interpretó que entre sus demás atribuciones estaba la de delegar. Al respecto, Pizzorusso(46), sostiene que "las competencias normativas deben ser ejercidas por sus titulares en

(46) PIZZORUSSO, A.; op. cit.; p. 176.

todas las ocasiones... sin que pueda renunciarse a su ejercicio ni transferir a otros sujetos al margen de los casos en que así se prevea expresamente".

En las discusiones entre los constituyentes durante la Asamblea Constituyente esta institución tuvo severos opositores. Su incorporación al sistema legislativo peruano, sin embargo, es acogida por todos los sectores. La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo favorece la unificación de posiciones en materias técnicas, en la elaboración y aprobación de códigos y es una alternativa frente a la inoperancia del Parlamento para responder en forma oportuna y eficiente a una demanda de ley en casos específicos.

Loewenstein justifica la institución al sostener que:

"Bajo el peso de las circunstancias políticas los parlamentos delegan la función legislativa en un grupo más reducido, el gobierno, del que se espera una acción más rápida y eficaz, haciendo al mismo tiempo responsable políticamente al gobierno de dicha decisión."(47)

Ahora bien, la delegación no implica conferir al destinatario de la atribución un poder como el que le

(47) LOEWENSTEIN, K.; op. cit.; p. 276.

es propio al delegante. Esta institución confiere al órgano delegado la capacidad de ejercer estos poderes durante un plazo determinado y respecto a una materia circunscrita.

La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que dicte normas con rango de ley existe en Francia, Alemania, Italia, España entre otros países. Si bien cada uno con sus propias características los decretos legislativos italianos o españoles, las ordenanzas en Francia o los decretos alemanes son equivalentes a los decretos legislativos de la Constitución peruana.

La lectura de los Artículos 188°, 211° inciso 10) y 218° inciso 2) nos lleva a sostener lo siguiente:

- a) La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo se prevee expresamente en la Constitución peruana de 1979.
- b) La delegación de facultades se hace a través de una ley autoritativa que debe indicar expresamente las materias y el plazo en el cual deben de dictarse estas normas. La delegación debe ser siempre expresa. No hay delegaciones implícitas.

La ley autoritativa constituye un acto unilateral pues en nuestro ordenamiento jurídico el Poder Ejecutivo no necesita ni solicitar ni estar de acuerdo con la delegación de facultades legislativas. En la práctica es el Poder Ejecutivo el que solicita se le deleguen estas facultades.

La ley de delegación es una ley estatal ordinaria sujeta al conjunto de las reglas relativas a las leyes parlamentarias. No requiere ser aprobada por mayoría calificada. No es parte del procedimiento del decreto legislativo sino presupuesto de él. La invalidez de la ley de delegación acarrea la del decreto legislativo. La determinación de la materia resulta un elemento importante para la validez de la ley de delegación. Sin embargo, no existe una limitación señalada expresamente en cuanto a los casos y las materias que pueden ser delegadas.

La Constitución española por ejemplo, sólo admite la delegación para refundir varios textos en uno solo o en la formación de textos articulados en cuyo caso la delegación se otorga mediante una ley de bases. De otro lado, excluye la posibilidad de delegar las materias reservadas a leyes orgánicas.

El Dr. Javier Alva Orlandini(48) ha sostenido que la Constitución peruana deja a criterio del legislador establecer los cartabones de las materias respecto a las cuales asume potestad legislativa el Poder Ejecutivo. La delegación de facultades según sostiene puede ser específica o genérica. No estamos de acuerdo con tal interpretación. Teniendo en cuenta que la función legislativa es atribución del Parlamento y que la Constitución condiciona la delegación autoritativa, no podemos considerar que esta especificación pueda ser genérica pues una especificación general no es especificación. Una interpretación sistemática y coherente de la Constitución nos lleva a concluir que la especificación de la materia no debe hacerse en forma demasiado amplia, delegando por ejemplo en materia laboral o penal. Creemos que la ley autoritativa debe especificar qué materias dentro de la laboral o penal están siendo objeto de la delegación. Sólo así, en nuestra opinión se usa la institución con arreglo a la Constitución.

La ley autoritativa que no especifique materia o señale plazo es inconstitucional, también lo sería la ley autoritativa que señale una materia o un

(48) Editorial en "El Comercio"; 22 de mayo de 1988.

plazo tan extenso que implique una renuncia del Parlamento a su función un ejemplo de lo que no deben ser una ley de delegación lo constituye la Ley N° 23230, que en palabras de Luis García Barreto(49) por la "amplitud de las materias delegadas y en algunos casos su indefinición en el tiempo así como el desconocimiento de los criterios que dan lugar a la procedencia e improcedencia de la delegación hicieron que nazca viciada en su forma y su fondo".

En efecto la materia que se delega en esta ley es la derogación o modificación de la legislación expedida a partir del 3 de octubre de 1968 relativas a Códigos Penales y de Justicia Militar, Códigos de Procedimientos Civiles y Penales, Código Tributario, Código de Comercio, Código Sanitario, Ley General de Minería, Ley de Sociedades Mercantiles, Decretos Leyes sobre organización, competencia y funcionamiento de la Presidencia de la República, Primer Ministro y los Ministerios, así como los que legislen sobre Instituciones, Organismos Descentralizados y Empresas Públicas dependientes de esos sectores con excepción de aquellas a las que la

(49) GARCIA BARRETO, L.; "La delegación de facultades Legislativas al Ejecutivo en la Constitución de 1979. Ley N° 23230; p. 104.

Constitución ha dado carácter autónomo y las corporaciones de desarrollo.

Un tema cuyo vacío constitucional ha sido objeto de diversas opiniones en sentidos opuestos es el de las materias indelegables. Se trata de determinar si todas las materias cuya regulación es potestad del Congreso pueden ser delegadas o si existen algunas materias cuya regulación constituye una reserva de ley parlamentaria. La Constitución no lo dice expresamente pero una interpretación sistemática y *ratio legis* nos lleva a concluir (supra 2.4.2) que hay casos en los que se hace una reserva de ley tácita al excluir a través del procedimiento la intervención del Poder Ejecutivo, salvo para la iniciativa.

Estos casos son el de las leyes orgánicas, ley de Presupuesto, los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas. Otro caso que excluye la posibilidad de delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo es el de la Reforma de la Constitución, estas normas sólo puede darlas el Parlamento y tendrán la jerarquía de las normas constitucionales. En el caso de las leyes orgánicas, incluidas en España, entre las materias indelegables, en el Perú, ya

han sido objeto de delegación de facultades en los dos últimos gobiernos, infringiendo en nuestro concepto la Constitución. La interpretación que se hizo para cumplir con el requisito del Artículo 174° que señala el quorum calificado para su aprobación consistió en reunir esa mayoría en la votación de la ley autoritativa. Como señalamos al comentar las leyes orgánicas (supra 3.1.2), la razón del procedimiento especial para la aprobación de este tipo de leyes está ligada a su contenido. La discusión en el Congreso permite la confrontación de las diversas opiniones de las diferentes partidos políticos presentes.

La delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia tributaria ha sido tema de duros trabajos. Se trata de determinar si el principio de legalidad señalado en el Artículo 139° de la Constitución está referido solo a las leyes parlamentarias o si se extiende la reserva a todas las normas que participan de la fuerza de ley, previa delegación de facultades en los casos que sea necesario.

Se ha discutido la incompatibilidad de los Artículos 139° y 188° de la Constitución, en el sentido que los decretos legislativos no estarían

incluidos en el término ley expresa del Artículo 139°. Para muchos el principio "*there are not taxes without representation*" debe excluir la posibilidad de delegar la materia tributaria. Sin embargo, no es así como los Parlamentos de 1980-85 y 1985-90 lo han interpretado.

Por ejemplo, en 1988 la Ley N° 24913 delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia tributaria, para modificar el Código Tributario, dictar leyes generales de Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Superintendencia Nacional de Aduanas, para modificar la Tributación Municipal en lo referente al impuesto de alcabala, arbitrios, suprimir exoneraciones tributarias, modificar la base imponible, incrementar las tasas de impuesto a la renta y modificar la ley de FONAVI entre otras. Esta ley fue calificada por un diario local como ley de abdicación de facultades. Sin embargo, la ley determinó un control previo a la consideración de doce parlamentarios.

Independientemente de la discusión teórica, en el Perú, en los últimos 10 años la materia tributaria no ha estado vedada al Poder Ejecutivo, por el

contrario, muchos decretos legislativos han creado y modificado tributos.

Al respecto Armando Zolezzi ha señalado, en cuanto a la materia tributaria, que:

"La competencia del Poder Legislativo es amplia y sólo está excluida de ella la regulación de las tarifas arancelarias y las contribuciones, arbitrios y derechos municipales.

La competencia es exclusiva pero no excluyente, desde que puede delegarla n el Poder Ejecutivo (Artículo 188°) o en las Asambleas Regionales (Artículos 139°, tercer párrafo y 265°, inciso 3)." (50)

Biscaretti di Ruffia señala que la materia delegada debe ser sustancialmente legislativa excluyendo aspectos de índole constitucional o administrativo. (51) De allí que el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades no pueden ser delegados.

Creemos que hay límites que el Poder Ejecutivo debe respetar como son los que eventualmente pueda imponer la ley de delegación. En efecto, la

(50) ZOLEZZI, A.; El Inciso 20 del Artículo 211° de la Constitución"; En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario; p. 17.

(51) Citado por EQUIGURE PRAELI, F.; "La Legislación delegada de la Constitución Peruana de 1979". En: Derecho N° 39, p. 147.

extensión de la materia delegada se deja a criterio del Poder Legislativo. Eventualmente pueden señalarse principios básicos para que el Poder Ejecutivo los desarrolle. La Constitución española señala que para la formación de textos articulados la ley de delegación debe ser una ley de bases que delimite con precisión el objeto y alcance de la delegación. Las leyes de bases añade, no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo. La ley de delegación en tanto contenga principios o criterios relativos a la materia delegada limita al Poder Ejecutivo en su facultad legislativa.

Muchos juristas han opinado en contra de la delegación de facultades sobre aquellas materias en las que ya existe iniciativa en el Congreso. Tampoco creemos que deben delegarse materias como la aprobación de créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas para las que el Artículo 199° señala un procedimiento especial.

La especificación del plazo por el cual se delegan las facultades legislativas en un tema cuyo cumplimiento debe estar sujeto al control

parlamentario. El Parlamento debe revisar la fecha en la cual tiene el término inicial y en la que concluye el plazo.

Respecto al cómputo del plazo existen tres normas. El Artículo 52° del Reglamento de Procedimientos Administrativos que ordena que los plazos señalados por días, se entienden que son días hábiles, excluyendo los feriados. Este artículo no es aplicable por disposición del Artículo 116° del mismo reglamento que lo circunscribe a los actos administrativos no legislativos. Otra norma similar existe en el Título Preliminar del Código Tributario cuya aplicación también es restringida a las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Finalmente el Código Civil en su Artículo 183° señala que el plazo se computa por días, salvo que la ley específica o el acto jurídico establezcan lo contrario.

El plazo señalado por meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento.

Creemos que es esta la norma que debe aplicarse para el cómputo del plazo de la ley autoritativa.

En los últimos años los plazos de las leyes autoritativas se han computado por días naturales, publicándose las normas inclusive días domingo y feriados.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la publicidad es esencial para la existencia de toda norma jurídica. Por esta razón nosotros consideramos que la publicación del decreto legislativo debe ocurrir durante el transcurso del plazo señalado. La publicación (supra 3.1.1 a.) no es únicamente importante para la obligatoriedad de la norma sino que es parte del iterlegislativo. Sin embargo, hay quienes opinan que mientras que la promulgación se haga dentro del plazo, la publicación puede ser posterior. En este sentido se manifiesta Pizzorusso en relación al sistema italiano. En el sistema legislativo peruano existe una norma, el Artículo 97° de la Constitución que señala que la publicidad es esencial para la existencia de toda norma jurídica, lo que nos obliga a concluir que la publicación del decreto legislativo debe hacerse durante la vigencia del plazo.

Las normas que se emitan al vencimiento del plazo son inconstitucionales y en todo caso carecen de la fuerza de ley de la que participan los decretos legislativos.

- c) Las normas que expida el Poder Ejecutivo se llaman en nuestro ordenamiento jurídico decretos legislativos y están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley; es decir, que tienen fuerza de ley. Son obligatorias salvo disposición contraria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial. Su publicación debe ocurrir durante el plazo de vigencia de la delegación, tal como lo hemos señalado.

Por participar de la fuerza de la ley ocupa el lugar siguiente a la Constitución dentro de la estructura piramidal del ordenamiento jurídico. En caso de conflicto entre un decreto legislativo y otra norma dictada por el Poder Ejecutivo prevalece aquella. En caso de conflicto entre una norma legal y un decreto legislativo prevalece la posterior sobre la anterior, la específica sobre la general. En caso de conflicto entre la ley autoritativa y el decreto legislativo prevalece la ley autoritativa.

- d) Para la delegación de facultades legislativas no se requiere que el Congreso esté en receso ni de ninguna circunstancia especial. Tampoco señala la Constitución que la ley autoritativa deba tener un quorum calificado.
- e) El Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Parlamento del uso que ha hecho de las facultades delegadas por disposición del inciso 10) del Artículo 211° de la Constitución.

Creemos que esta frase "*dar cuenta al Congreso*" alude al control parlamentario indispensable en la actividad legislativa del Poder Ejecutivo. No se ha establecido cómo debe realizarse este control, nosotros trataremos diversas alternativas. Creemos que sería muy conveniente que el Congreso interprete mediante una ley el contenido o significado del *dar cuenta al Congreso*, tal como lo solicitó en 1985 a través de un proyecto de ley el senador Enrique Bernales.

El control parlamentario es un mandato constitucional que se deriva del hecho que el Parlamento es el titular de la función legislativa (supra 1.3). Correlativa a esta función, está la de fiscalizar la producción legislativa en los casos de delegación de facultades así como en los decretos

supremos que se emitan al amparo del Artículo 211° inciso 20) de la Constitución.

El control parlamentario en el caso de los decretos legislativos debe versar fundamentalmente sobre:

- 1) Si el Poder Ejecutivo cumplió con emitir un decreto legislativo dentro del plazo señalado en la ley autoritativa. Para este efecto, resulta de especial interés las normas para el cómputo del plazo, en cada caso se tomará en cuenta la fecha de la ley autoritativa y la de la publicación del decreto legislativo, descartando el día inicial.
- 2) Si la norma se circunscribe a la materia delegada.
- 3) Si el Poder Ejecutivo respetó las pautas o criterios que se dieron en la ley de delegación, en caso de haberse dado.
- 4) Si tiene refrendación ministerial y si ha sido aprobada por el Consejo de Ministros, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 218° de la Constitución.

El control parlamentario puede ser previo o posterior a la dación del decreto legislativo. El control es previo cuando por ejemplo la ley autoritativa señala que el Parlamento o una comisión especial aprobará el decreto legislativo antes de su promulgación. La Constitución no señala nada al respecto pero creemos que un requisito de estas características se encuadra dentro del espíritu de la Constitución que asigna la titularidad de la función legislativa al Congreso. Este requisito puede ser señalado, como se ha hecho, en la ley autoritativa o eventualmente en una ley que regule el sistema legislativo.

Pueden legislarse controles posteriores como ratificación dentro de un plazo determinado e intentarse diversas formas de control. Lo que debe evitarse en todo caso es que el control parlamentario sobre la delegación de facultades legislativas sea tan engorroso que se equipare esta institución con los proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo, los cuales de conformidad con el Artículo 189° de la Constitución tienen preferencia en el Congreso.

Pedro Quirós Cárdenas⁽⁵²⁾ sostiene que el dar cuenta al Congreso implica que los decretos serán

(52) QUIROS CARDENAS, P.; op. cit.; p. 236.

revisados y si existen errores, omisiones o abusos serán subsanados por el Poder Legislativo que sigue detentando la titularidad de la potestad legislativa.

En resumen, creemos que el control parlamentario debe ser real, excediendo a un cumplimiento formal de esta obligación mediante la inclusión del decreto legislativo en la Orden del Día para que los parlamentarios tomen conocimiento del uso de las facultades delegadas.

Creemos que es conveniente que el Congreso precise el significado de el *"dar cuenta al Congreso"*, fije un procedimiento para la revisión de las normas que dicte el Poder Ejecutivo.

De otro lado, el Parlamento siempre podrá rechazar el decreto legislativo derogándolo expresamente o legislando en sentido opuesto posteriormente, con lo cual se produciría una derogación tácita.

Hay otros aspectos que la Constitución no ha establecido dejando un terreno amplio a la interpretación jurídica. En primer lugar, no se ha determinado si la delegación se agota producida y publicada la norma o, si está vigente hasta el vencimiento del plazo siendo posible la dación de más

de un decreto legislativo. No se trata de determinar si el Poder Ejecutivo puede habilitar a través del decreto legislativo para que posteriormente se den normas reglamentarias para la aplicación de la norma; esto creemos es perfectamente posible. El punto es definir si la delegación de facultades puede originar más de un decreto legislativo durante la vigencia de la delegación.

Al respecto, Pizzorusso sostiene que durante la vigencia del plazo es posible dar más de una norma. La delegación, sostiene, sigue produciendo efectos hasta su término propio, independientemente del hecho de que sobrevenga el fin de la legislatura -por agotamiento del mandato de las cámaras, por su disolución o por un cambio de gobierno(53).

La Constitución española en el Artículo 82.3º determina que la delegación se agota por el uso que de ella haga el gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente.

El Artículo 188º de la Constitución peruana no limita la producción legislativa del Poder Ejecutivo a un solo decreto legislativo. No creemos que la delegación se agote con la publicación del decreto

(53) PIZZORUSSO, A.; op. cit.; p. 264.

legislativo si el plazo está vigente. Con frecuencia sólo la víspera de la fecha que determina el final del plazo se publica el decreto legislativo.

Lo que consideramos inadmisibles es la modificación de la norma a través de la fe de erratas o la doble publicación de la norma.

Otro asunto en el que la Constitución ha guardado silencio es en lo relativo a la subdelegación. La Constitución española prohíbe expresamente la subdelegación a autoridades distintas del propio gobierno. La Constitución alemana la admite siempre que en la ley de delegación se prevea expresamente.

Creemos que el Poder Ejecutivo debe cumplir con regular los aspectos de la materia delegada dentro del plazo indicado sin delegar a su vez este mandato. Sin embargo, es posible que posteriormente emita las disposiciones necesarias para la aplicación del decreto legislativo en ejercicio de la facultad de reglamentar las leyes mediante las llamado reglamentos de ejecución.

Fodría ocurrir que el decreto legislativo señale que la materia pueda ser regulada por un órgano distinto al Poder Legislativo, deslegalizando la

materia delegada. Este hecho constituiría un exceso por implicar en sí un reparto de competencias legislativas. El decreto legislativo por este hecho devendría en inconstitucional.

En todo caso, si el Parlamento deslegaliza una materia no podría renunciar a regularla porque la atribución o potestad es irrenunciable, en todo caso podrá compartir la regulación de la materia en cuestión.

Finalmente, queremos mencionar el tema de la revocación de la delegación de facultades legislativas.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible que el Poder Legislativo pueda revocar la delegación de facultades. Lo puede hacer a través de una ley que derogue la ley autoritativa.

Distinto es el caso que puede presentarse si el Parlamento dicta una ley que regule la materia delegada antes que se produzca la publicación del decreto legislativo.

En el Perú, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el Parlamento no se desposee de la materia que

ha delegado, la ley de delegación no suspende la competencia de la materia delegada.

El Parlamento puede válidamente legislar sobre esa materia. Pizzorusso(54) sostiene que la norma que el emita regulando total o parcialmente la materia delegada constituirá una derogación de la ley de delegación, salvo que se especifique el carácter transitorio de la ley que se emite en espera de la norma que dictará el Gobierno. Otro sector de la doctrina es opuesto a que el Parlamento regule sobre esa materia mientras esté vigente la delegación de facultades.

Nosotros creemos que el Parlamento puede, durante la vigencia de la delegación, regular algún aspecto de la materia delegada constituyendo esta ley según se expresa, una modificación a la ley de delegación por la cual se impone un límite o una regulación transitoria hasta que se emita el decreto legislativo.

Respecto a esta institución existen diversos proyectos de reforma constitucional presentados:

En 1981 los parlamentarios Enrique Bernales y Roger Cáceres presentaron proyectos para modificar

(54) Loc. cit.

el Artículo 188° de la Constitución. El proyecto de Enrique Bernales incorpora una serie de requisitos para otorgar las atribuciones legislativas al Poder Ejecutivo y la obligación de la ratificación por el Congreso para la vigencia de los Decretos Legislativos. Por su parte, el proyecto de Roger Cáceres modifica el artículo aludido otorgando sólo en circunstancias extraordinarias la delegación de facultades al Poder Ejecutivo. Ambos se encuentran sin dictámen. En 1986, Roger Cáceres presenta otro proyecto a fin de modificar el Artículo 188° de la Constitución en igual sentido. Sólo podrá delegar el Congreso facultades legislativas en circunstancias extraordinarias o para asuntos altamente especializados. Tiene dictámen negativo.

3.2.3 Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera

El inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución faculta al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional y con rango de dar cuenta al Congreso.

La escasa regulación constitucional y la omisión de los grupos que han ocupado el Parlamento desde 1980 impiden precisar los alcances de esta institución con certeza. Sin embargo, por las características que presenta creemos como muchos que han analizado estas medidas, que se trata de los decretos leyes o reglamentos de necesidad y urgencia de los que habla la doctrina y que existen en otros ordenamientos jurídicos.

Si bien existen normas en Constituciones peruanas anteriores, como los Artículos 40° y 49° de la Carta Política de 1933 que aluden a circunstancias extraordinarias que permiten hablar de leyes de emergencia, la institución de los decretos de necesidad y urgencia o medidas extraordinarias del inciso 20) no tienen un antecedente claro en las normas aludidas.

Creemos que el antecedente más próximo a la institución lo constituye la Ley N° 17044 del 20 de junio de 1968. Esta ley significó propiamente una delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo sin que la Constitución de 1933, entonces vigente, contemple esta posibilidad.

En esta ley se faculta al Poder Ejecutivo a dictar 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 la economía nacional. Se autorizó para dar medidas necesarias para frenar el alza inmoderada del costo de vida. Esta ley fue el fundamento de cerca de 200 decretos supremos.

A diferencia de la Ley N° 17044 la Constitución de 1979 no sólo delega facultades legislativas en el Artículo 211° sino que otorga una competencia legislativa extraordinaria en el inciso 20 del mismo artículo. Tanto la ley como la norma que venimos comentando establecen la obligación de dar cuenta al Congreso, titular de la función legislativa. Esta ley con acierto es más explícita sobre algunos aspectos en los que la Constitución guarda silencio. Por ejemplo, detalla las materias, establece el tipo de normas a través de las que se dictarán las medidas y señala que deberán contar con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

En el seno de la Asamblea Constituyente en la Comisión que preparó el proyecto relativo al Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, muchos constituyentes manifestaron la necesidad de limitar el poder al Ejecutivo. En la Comisión Principal se desestimó el

proyecto que contenía la institución de los decretos de urgencia. Tal como se planteó se facultaba al Poder Ejecutivo a dictar estas normas durante el receso del Congreso y con la aprobación del Consejo de Ministros(55).

Sin embargo, si bien los decretos de urgencia merecieron el rechazo de la mayoría de los constituyentes, la institución se introdujo sin mayor discusión en el inciso 20) del Artículo 211° limitándola a la materia económica y financiera, sin cuestionar su naturaleza jurídica ni definir sus alcances.

Si nos aproximamos a las medidas extraordinarias a fin de definir su naturaleza jurídica empezaremos por determinar si constituyen actos de gobierno, actos administrativos o actos legislativos.

Entendemos por acto de gobierno aquél que tiende a concretar una determinada disposición o decisión de contenido político(56). Se trata de una decisión unilateral del Poder Ejecutivo que al igual que otros actos como el indulto o la declaración del estado de

(55) Diario de Debates de la Asamblea Constituyente, T. VII, p. 387.

(56) MARIENHOFF, Miguel; "Tratado de Derecho Administrativo"; T. 2, P. 700.

emergencia están exentos de control jurisdiccional. No creemos que las medidas extraordinarias en materia económica y financiera sean actos políticos o de gobierno aún cuando la evaluación de la situación que amerita las medidas sí constituyen un acto de gobierno.

En cuanto a los actos administrativos, en Derecho Administrativo existen diversas definiciones sobre lo que debe entenderse por acto administrativo. Si asumimos una definición en sentido amplio, en la que un acto administrativo es toda declaración de voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos; las medidas del inciso 20) ciertamente constituirían actos administrativos. Sin embargo, si definimos el acto administrativo en sentido restringido, como las decisiones de la administración pública que en ejercicio de sus propias funciones resuelve sobre intereses, obligaciones o derechos de entidades administrativas o de las particulares frente a ellas(57), las medidas extraordinarias quedan excluidas.

El acto legislativo es la manifestación unilateral de voluntad de ejecución forzosa por la cual el Estado

(57) Artículo 116° del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas generales.

En nuestra opinión, las medidas extraordinarias del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución constituyen actos legislativos.

En segundo lugar, es necesario distinguir estas medidas de otras instituciones con las que pueden confundirse.

1.- No son decretos supremos ordinarios. De ellos se trata el inciso 10) del Artículo 211° de la Constitución. Estas normas se dictan en virtud de una ley previa, a la que reglamentan sin trasgredirla ni desnaturalizarla. No habría razón para reiterar esta facultad en otro inciso del mismo artículo que señala las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República.

Las medidas extraordinarias en materia económica y financiera, no están destinadas a desarrollar los detalles de una ley como los decretos supremos ordinarios. Tampoco requieren de una ley previa.

2. No son reglamentos autónomos(58). En el modelo de la Constitución vigente no existe un reparto de competencias legislativas entre el Congreso y el Poder Ejecutivo. No se trata pues de una materia reservada al Ejecutivo no de una atribución para legislar en ausencia de la ley. La materia económica y financiera sobre la que se le otorga al Ejecutivo una competencia extraordinaria constituye en nuestro concepto materia reservada a la ley.

De otro lado, si se tratara de una competencia legislativa propia, no habría necesidad de establecer la obligación de dar cuenta al Congreso. Esta obligación responde al hecho que el Ejecutivo incursiona excepcionalmente en una función legislativa propia del Congreso.

3. No son decretos legislativos. Estos se dictan en virtud de una ley de delegación que habilita al Poder Ejecutivo a dictar normas con fuerza de ley

(58) Son reglamentos autónomos los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales dicho poder tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales (...) constituyen reserva de la Administración por oposición a la reserva de ley. MARIENHOFF, M.; op. cit.; p. 241. Muchos autores definen los reglamentos autónomos o independientes como aquellos que dicta el Poder Ejecutivo con prescindencia de si existe ley o no al respecto, es decir sin hablar de reserva de reglamento.

sobre una materia y durante un plazo determinado. Están reguladas en el Artículo 188°, 211° inciso 10) y 218° inciso 2). Aún cuando en ambos casos se menciona la obligación de dar cuenta al Congreso, es claro que nos encontramos ante dos instituciones diferentes. En la delegación de facultades, el hecho habilitante es una ley de delegación que determine la materia y el plazo durante el cual se delega la función legislativa. En la dación de las medidas extraordinarias el hecho habilitante es una situación extraordinaria que afecta el interés nacional y la materia está limitada a lo económico y financiero.

4. No deben confundirse con los proyectos de ley que con carácter de urgente envía el Poder Ejecutivo al Congreso. Por disposición del Artículo 189° de la Constitución tienen preferencia para su trámite. Las medidas extraordinarias están previstas para aquellos casos en los que no puede esperarse, dada la urgencia, los términos de este trámite especial.
5. Otra institución contemplada en el Artículo 132° de la Constitución es la posibilidad que "en situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado pueda intervenir la actividad económica con

medidas transitorias de carácter extraordinario". Esta norma tiene como antecedentes los Artículos 40° y 49° de la Constitución de 1933. En la Constitución vigente la norma se encuentra ubicada en el capítulo relativo a la empresa, dentro del título del Régimen Económico. Enrique Bernales y Marcial Rubio sostienen que debió incluirse en la parte general del régimen económico ya que estas medidas no afectan sólo a la empresa sino a toda la economía nacional(59).

Los mismos autores señalan las siguientes ~~medidas~~ como medidas extraordinarias y transitorias que puede adoptar el Estado: "programas de elevación de remuneraciones, control de precios, subsidios, estimulación estatal del empleo, congelación de alquileres, control de las empresas que producen y distribuyen para la satisfacción de necesidades básicas, regulación del sistema monetario y de las divisas en concordancia con tales propósitos, limitación a las importaciones...".

Se trata de determinar si estas medidas son las mismas de las que trata el inciso 20) del Artículo 211°. Una diferencia fundamental es que el Artículo 132° no señala al Presidente de la

(59) BERNALES, E.; RUBIO, M.; op. cit.; p. 501.

República como el órgano competente para dictarlas, como si se deduce de las medidas del inciso 20) al estar ubicadas entre las atribuciones presidenciales.

La ubicación del Artículo 132° hace pensar más bien en intervención de las empresas de alguna actividad industrial o comercial, mientras que el inciso 20) alude a medidas con el límite de estar referidas a lo económico y financiero, en principio relacionadas con la administración de la Hacienda Pública.

Sin embargo, hay quienes sostienen que se trata de las mismas medidas y que por lo tanto el Artículo 132° y el Artículo 211° inciso 20) se complementan.

6. Finalmente, es necesario distinguir las medidas extraordinarias de las normas a través de las cuales el Presidente de la República decreta el Estado de emergencia contemplado en el Artículo 231° de la Constitución.

Existen algunas razones que pueden inducir a confundir estas dos instituciones. En primer lugar, el hecho que las medidas extraordinarias así como la

declaración del Estado de emergencia estén contenidos en un mismo tipo de instrumento jurídico puede llevar a confusiones. En efecto, ambos actos los realiza el Poder Ejecutivo a través de un decreto supremo .

En segundo lugar, ambos aluden a una situación de emergencia, uno expresamente, el otro en su desarrollo doctrinario. El decreto supremo en el que se declara el Estado de emergencia es un acto de gobierno. Tampoco se trata de las normas que dicta el Ejecutivo durante la vigencia de este estado de excepción, pues no se modifica el ejercicio de la función legislativa.

Si bien los decretos de urgencia se dan porque una situación que puede ser calificada como una emergencia los habilita, se trata de instituciones diferentes.

Un ejemplo grafica lo dicho. La amenaza constante en una zona del país por un grupo terrorista puede ocasionar que el Presidente de la República decrete el Estado de Emergencia para esa zona. Las consecuencias serán que se suspendan el ejercicio regular de los derechos a la libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y de ser detenido sólo por mandato escrito y motivado del juez o por la autoridad policial en caso de flagrante delito. Los hechos que ameritan el Estado de Emergencia, no

habilitan al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias invocando el inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución.

Ahora bien, sin que exista Estado de emergencia en una zona del país, puede habilitarse la dación de decretos de urgencia debido a un desabastecimiento que obligue a realizar una importación de alimentos exonerada de determinados tributos.

En ambos casos se alude a la emergencia pero en el primer caso esta emergencia es ocasionada por circunstancias que ponen en peligro la estabilidad del Estado, perturban el orden legal y la seguridad como consecuencia se suspenden derechos constitucionales. En el segundo caso se trata de una situación excepcional que afecta el interés nacional y que habilita al Poder Ejecutivo a dar normas en materia económica y financiera. Eventualmente, la causa que origina la declaración del Estado de Emergencia puede habilitar al Ejecutivo a dictar medidas extraordinarias pero con la restricción en cuanto a la materia, en tanto ocurran los hechos que habilitan a uno y otro instituto.

Si no son decretos supremos ordinarios ni decretos legislativos las medidas extraordinarias nos encontramos ante otro tipo de normas distintas a las

previstas en el Artículo 87° y que de tener fuerza de ley pueden incluirse como los decretos legislativos dentro del término genérico ley. Estas normas las dicta el Poder Ejecutivo y se aproximan a los decretos leyes o reglamentos de necesidad y urgencia que contemplan otros ordenamientos jurídicos. Carecen sin embargo, de otros rasgos que sí tienen en la legislación comparada y que señalaremos más adelante. Se trata de normas que no constituyen únicamente un asunto jurídico sino político.

Otro factor que nos induce a pensar que se trata de los decretos de necesidad y urgencia es que así han sido usados por los gobiernos en los últimos 10 años. Ninguno de los grupos en el Parlamento ha asumido la responsabilidad de precisar si se trata de los decretos de necesidad y urgencia, y, si así es, darle una regulación adecuada. En efecto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que contemplan la institución, en el Perú, no se ha establecido la forma en que el Congreso fiscalizará el ejercicio de esta atribución, tampoco se habría mencionado la vigencia de estas normas dada su naturaleza temporal que les es característica. Estos aspectos entre otros son de urgente solución a través de su definición por el Congreso en una Ley que interprete esta atribución.

De lo dispuesto por el inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución podemos afirmar que:

- a) Dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera constituye una atribución del Presidente de la República. Como todos sus actos, estos deben ser refrendados por uno o más ministros de acuerdo al Artículo 213° de la Constitución. Consideramos que dada la competencia material de las medidas, el ministro que debe refrendar y por ende el que asumirá la responsabilidad política es el del sector Economía y Finanzas. Esto ya ha venido ocurriendo en la mayoría de los casos.

No se requiere que algún órgano apruebe previamente el texto. Tampoco que el Congreso se encuentre en receso. No responden estas medidas como sostienen algunos juristas a la necesidad de darle continuidad a la función legislativa.

- b) Las medidas son extraordinarias; sin embargo la Constitución no explica a qué alude el carácter extraordinario. De allí que nos vemos en la obligación de interpretar la norma constitucional. Consideramos que el carácter extraordinario está dado por el suceso que legitima al Poder Ejecutivo

a incursionar en la esfera de la función legislativa. Se trata de una atribución de carácter extraordinario para atender situaciones de crisis.

Para Miguel Marienhoff "ha de tratarse de una necesidad y urgencia súbita y aguda que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo".(60) Francisco Eguiguren se refiere a este carácter extraordinario como "situaciones o exigencias de especial urgencia o necesidad que deben ser afrontadas..."(61). Añade que deben generar un requerimiento de interés nacional. Carlos Cárdenas(62) sostiene que el hecho habilitante de estas normas "son circunstancias a normales e imprevisibles que exigen una acción inmediata... que escapa a lo ordinario".

Por su parte, Max Arias Schreiber sostiene que esta atribución sólo puede ejecutarse en situaciones de emergencia que requieren una urgente solución legislativa.

(60) MARIENHOFF, M.; op. cit.; p. 225.

(61) EGUIGUREN FRAELI, F.; "Funciones legislativas del Ejecutivo"; p. 438.

(62) CARDENAS QUIROS, C.; "Los decretos con Fuerza de Ley"; En: Themis T. 6; pp. 39-40.

"Es extraordinario porque pone en funciones mecanismos constitucionales de excepción que autorizan la consecución de una rápida solución legislativa. Es imprevisible, porque exige una acción inmediata de los poderes del Estado para superarla, pues en caso contrario debería resolverse por los trámites legislativos ordinarios. Y es provisional, como consecuencia natural de su carácter transitorio y extraordinario a los cuales nos hemos referido anteriormente y tan ello es cierto que el Congreso puede al reasumir sus funciones legislativas, ratificar, reformar o derogar un decreto de emergencia."(63)

José Eugenio Soriano(64) comenta la evolución que ha tenido en España el término "extraordinaria" y "urgente necesidad" que habilita al Gobierno para dictar decretos leyes. Este concepto, dice, se ha liberalizado, "no alude a una necesidad absoluta que ponga en peligro el sistema constitucional", sino que se trata de una necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales. Para la solución de los problemas que pongan el sistema en peligro, existen los estados de excepción.

(63) ARIAS SCHEREIBER, M.; "Abuso del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución". En: El Comercio 26 de octubre de 1987.

(64) SORIANO, J.E.; "Los Decretos Leyes en la Jurisprudencia Constitucional Española"; En: Revista de la Administración Pública N° 100, p. 456.

La utilización de las medidas por lo tanto, resultaría lícita para alcanzar los objetivos que el Poder Ejecutivo se ha trazado y que se ven perturbadas por situaciones excepcionales, circunstancias difíciles o imposibles de prever. Es decir que se trata tanto de casos graves como necesarios, en los que el hecho habilitante pueda ser la necesidad de una respuesta rápida a la coyuntura económica.

El Poder Ejecutivo siempre tendrá como límites a su actividad legislativa, aún en caso de emergencia a la propia Constitución y el no exceder la materia económica y financiera.

El anteproyecto de ley sobre Democratización de las Decisiones del Gobierno⁽⁶⁵⁾ preparado por el Instituto Libertad y Democracia denomina a los decretos supremos que se dicten al amparo del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución, Decretos Supremos de Urgencia. Define las medidas extraordinarias como aquéllas que surjan como consecuencia de necesidades súbitas y recientes o circunstancias imprevistas o imprevisibles que

(65) Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el 28 de febrero de 1990.

afecten o puedan afectar gravemente a los ciudadanos o a su patrimonio.

Creemos que si bien la definición del hecho habilitante es completa, la circunstancia que afecte o no a los ciudadanos o a su patrimonio resulta irrelevante desde que las normas que venimos analizando están vinculadas con la Hacienda Pública, es decir con los ingresos y egresos del Presupuesto de la República, salvo que se asuma otra interpretación en cuanto a la competencia material. En todo caso, creemos que no debe excluirse en el supuesto los hechos que afecten únicamente al Estado.

Ahora bien, la calificación de la situación constituye un acto político del Poder Ejecutivo, exento por lo tanto, de control jurisdiccional. Si bien los magistrados pueden revisar el contenido de la norma y su adecuación a la Constitución, no pueden emitir juicio sobre la conveniencia o acierto en la valoración de los hechos calificados como extraordinarios por el Poder Ejecutivo. Sobre este aspecto, sólo deberá pronunciarse el Congreso en ejercicio de la función de control de los actos del Poder Ejecutivo.

Por esta razón, los decretos de urgencia deben llevar en los considerandos los hechos y las razones que motivan la calificación de la emergencia y justifican la dación de las medidas.

- c) Las medidas tienen un límite material: solo pueden versar sobre lo económico y financiero. Aquí tampoco es la Constitución suficientemente clara por lo que nos vemos en la necesidad de interpretar a qué materias se referían los constituyentes con una designación tan amplia.

Respecto a la determinación de la materia económica y financiera, existen interpretaciones diversas.

Hay quienes sostienen que el inciso 20) contiene tres atribuciones distintas e independientes: Administrar la Hacienda Pública, negociar los empréstitos y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Interpretan algunos que la materia no tiene que ser económica y financiera sino que la conjunción "y" debe entenderse como y/o. De hecho, ésta es la interpretación que ha prevalecido en los últimos años en los que como hemos sostenido, se han regulado aspectos muy diversos invocando el inciso 20). Algunos decretos han tenido implicancias en lo

económico y financiero, otros han tratado sobre temas ajenos a lo económico y financiero(66). Por ejemplo, a través del inciso 20) se introdujeron modificaciones al Código Civil, Código de Comercio, condiciones de trabajo de las relaciones laborales así como la parte remunerativa. Se declaró en emergencia diversos sectores económicos o actividades específicas. Se modificaron los contratos de arrendamiento, congelando la renta y prorrogando su duración. Recientemente se modificó el quorum del directorio del Banco Central de Reserva(67).

Otra interpretación es la que hacen quienes sostienen que la atribución del Presidente de la República contenida en el inciso 20) se refiere a medidas extraordinarias, de allí que sea necesario hacer una interpretación restrictiva de la materia aludida. En este sentido relacionan la facultad de dictar medidas con las otras atribuciones contenidas en el mismo inciso a saber, administrar la Hacienda Pública y negociar empréstitos. Asumen que la conjunción copulativa y que relaciona las materias económica y financiera debe entenderse en el sentido que

(66) Me remito a los diversos trabajos de investigación y artículos que se han referido al tema y que aparecen en la bibliografía anexa.

(67) Sobre los decretos supremos que han invocado el inciso 20) durante el gobierno de Alberto Fujimori, hasta la fecha, ver anexo.

las medidas extraordinarias que dicte el Poder Ejecutivo deben ser económicas y adicionalmente financieras. De no optarse por una interpretación como ésta, pocas serían las materias excluidas; favoreciéndose a lo que ha venido ocurriendo y ha sido denunciado en diversos fueros: el uso y abuso de las medidas extraordinarias del inciso 20).

Para María del Rosario Pachecho(68) la materia económica y financiera es la que se refiere a la administración de la Hacienda Pública, incluye en ella lo aduanero, lo presupuestario, lo crediticio y lo tributario. Armando Zolezzi Möler(69) sostiene que el campo de las finanzas públicas es el de los ingresos y gastos del Estado, incluye en la materia tributaria.

En cuanto a la regulación de la materia tributaria, casi todos los que han escrito sobre este tema están de acuerdo en incluir aspectos accesorios, excluyendo aspectos relacionados con la creación del tributo y la determinación de los sujetos del impuesto. Se admite, por ejemplo, que puedan concederse exoneraciones, incluso crearse algún tributo de carácter temporal que responda a una coyuntura

(68) PACHECHO BARANDIARAN, R.; "Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1979"; Tesis PUC; p. 188.

(69) ZOLEZZI M., A.; op. cit.; p. 24.

específica. Encuentran que el carácter temporal de las medidas y el reconocimiento de su fuerza de ley salvan la incompatibilidad que pudiera presentarse con el Artículo 139° de la Constitución que consagra el principio de legalidad.

Creemos que en este aspecto así como en otros la solución estará en el caso concreto que se regule. En principio creemos que las excepciones a la ley de presupuesto, endeudamiento, exoneraciones o facilidades para el pago de impuestos, así como aspectos del comercio internacional, políticas aduaneras, se encontrarían incluidas en la materia económica y financiera.

La regulación de las tasas del impuesto estarían cuestionadas por carecer de un aspecto importante y propio de estas normas: la temporalidad de su vigencia. Otros aspectos que pueden incluirse es la regulación del sistema bancario y financiero a través de modificaciones temporales y no permanentes.

Hay aspectos cuya inclusión en lo económico y financiero es discutible como la regulación de las remuneraciones del sector público.

Una modalidad que podría asumir una ley interpretativa de este inciso es detallar las materias que pueden ser reguladas a través de las medidas y/o excluir aquellas que no podrán ser objeto de regulación a través de los decretos de urgencia. Deben excluirse todas aquellas materias que limiten los derechos fundamentales y los reservados a las leyes orgánicas.

Algunos parlamentarios han sostenido que no puede ser objeto de decretos de urgencia aquellos asuntos sobre los que existe un proyecto de ley en el Congreso. Sin embargo, consideramos que esta limitación puede resultar excesiva si una materia cuya reglamentación se propone se torna urgente y necesaria.

En el período 1980/85 sostiene Rosario Fachecho se dictaron 667 Decretos Supremos al amparo de la facultad contenida en este inciso. La gran mayoría de ellos establecieron excepciones a las leyes de Presupuesto de 1983 y 1984 y sus complementarias, así como a normas típicamente tributarias.(70)

En el período 1985/90 se han dictado aproximadamente 1000 Decretos Supremos invocando el inciso 20) del Artículo 211° de materia muy diversas,

(70) FACHECO BARANDIARAN, M. del R.; op. cit.; p. 184.

algunas de ellas son las que ya hemos hecho referencia de naturaleza esencialmente laboral, civil o comercial.

~~En cuanto al uso del inciso -20) por el gobierno actual hemos preparado un informe anexo.~~

En España, la materia está delimitada en forma más amplia, excluyendo más bien aquellas materias que no pueden ser reguladas a través de los decretos leyes. Se excluye las materias que puedan afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, al régimen de las Comunidades Autónomas y al Derecho electoral general.

d) La Constitución señala que estas medidas deberán dictarse con cargo de dar cuenta al Congreso.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano resulta perfectamente lógico que cuando el Poder Ejecutivo incursiona en la función legislativa, se torne indispensable para no quebrar el modelo del sistema constitucional, que el Congreso ejerza la función de control. Esta función tiene su fundamento en la atribución de "velar por el respeto de la Constitución y las leyes", así como en el ejercicio de una atribución que le es "propia a su función", la de

controlar los actos del Poder Ejecutivo, ambas contenidas en el Artículo 186° de la Carta Política.

Durante los últimos 10 años el gobierno invocó el inciso 20) del Artículo 211° en más de 1600 decretos sin que el Parlamento se haya manifestado expresamente sobre su constitucionalidad, no ha existido control sobre estas normas.(71)

El anteproyecto de ley de Democratización de las decisiones del Gobierno, al que hemos hecho referencia, reglamenta la obligación de dar cuenta al Congreso.

El Decreto Supremo de Urgencia deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros y ser remitido al Presidente del Congreso mediante un oficio, en un plazo no mayor a los tres días desde la fecha de su promulgación. Señala que de incumplirse con este plazo el Decreto caduca de pleno derecho. Se debe dar cuenta de la extraordinariedad de las medidas dictadas, de su naturaleza económico y financiera, de la urgencia y necesidad de las medidas y del interés nacional

(71) Recientemente se interpeló al Ministro de Trabajo, Carlos Torres y Torres Lara, a causa de sostener que las medidas que contempla el inciso 20), suspenden o derogan -como de hecho ocurrió durante los gobiernos de Fernando Belaunde y Alan García- las normas con fuerza de ley. Lo que queremos resaltar aquí es que su opinión originó la interpelación mas no los decretos que dictó y que a la fecha siguen vigentes.

involucrado. Es decir, que estas razones deben de fluir de los considerandos de la norma.

Creemos que la publicación del decreto y por lo tanto su urgencia debe estar condicionada a la remisión de este oficio al Congreso. De otra forma resulta difícil controlar la caducidad de la norma luego de tres días de haber sido publicada. Por lo demás, la norma puede ser remitida en el mismo día al Congreso y al Diario Oficial "El Peruano", para su publicación. El decreto, de acuerdo al Anteproyecto tiene una vigencia máxima de seis meses prorrogables si subsisten las causales que determinaron su vigencia y si el Congreso no les confiere formalmente fuerza de ley. El plazo resulta en nuestro concepto excesivo para el carácter temporal y coyuntural de la norma.

En España por ejemplo, los decretos leyes, entran en vigor al día siguiente de su publicación y son sometidos en el plazo de los 30 días siguientes a su publicación a debate y votación de la totalidad del Congreso. El Congreso puede convalidarlo produciéndose un cambio en la naturaleza jurídica del decreto-ley o tramitarlo durante ese plazo como proyecto de ley si desea hacer algunas modificaciones.

La Constitución italiana prevee en su ordenamiento jurídico medidas similares, a las que les reconoce fuerza de ley. Estas deben ser presentadas ante las Cámaras el mismo día de su promulgación para ser convalidadas. Caducan si no se convierten en ley dentro de los 60 días siguientes a su publicación.

En Francia, la Constitución autoriza al Presidente a adoptar estas medidas previa consulta con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y del Consejo Constitucional. El Parlamento se reúne de pleno derecho.

Como podemos observar, el control del Parlamento sobre estas normas constituye una característica esencial. Este tema debe ser abordado en una ley interpretativa.

Consideramos que tanto la forma de control contemplada en el anteproyecto del Instituto Libertad y Democracia, así como el que prevee la Constitución española son adecuadas. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que el Congreso deberá pronunciarse expresamente sobre la derogación o conversión en ley del decreto supremo.

Hasta el momento ha prevalecido un control formal de estas normas, cumpliéndose con dar cuenta al Congreso al ponerlas en su conocimiento. Los decretos se han considerado convalidados ante el silencio del Parlamento.

El Colegio de Abogados de Lima en reiteradas oportunidades ha denunciado "excesos y distorsiones" en la legislación del Poder Ejecutivo, al amparo del inciso 20) que "han sido favorecidos por la falta de un efectivo control parlamentario derivado de la inexistencia de normas que regulen con mayor precisión el uso de la atribución por el Poder Ejecutivo(...); siendo necesaria la legislación de urgencia en la vida del Estado moderno, debe usarse con prudencia y discreción".(72)

Meses más tarde llama la atención nuevamente por el uso inmoderado de estas normas(73). En 1989(74), en un nuevo pronunciamiento pide la derogación del Decreto que congela la renta de los alquileres y prorroga su duración, por considerar que no tiene carácter transitorio.

(72) Pronunciamiento, 12 de Abril de 1987.

(73) Pronunciamiento, 3 de Agosto de 1987.

(74) Pronunciamiento, 9 de Febrero de 1989.

El Poder Judicial se ha manifestado en forma contradictoria en los últimos años respecto al lugar que ocupan estas normas en el ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo citaremos algunas resoluciones. El 22° juzgado civil de Lima al resolver sobre la impugnación del controvertido D.S. 107-86-PCM sostuvo que estas normas no tenían rango de ley.

El 21° juzgado civil en la sentencia del expediente seguido por Enrique Cornejo Ramírez como Presidente del Instituto de Comercio Exterior contra la Contraloría General de la República sostiene que la norma dictada al amparo del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución Política del Perú tiene rango de ley.

El 20° juzgado civil en la resolución que declara fundada la acción de amparo seguida por la Empresa Editora "El Comercio Sociedad Anónima" contra el ministro de Economía Abel Salinas por dejar en suspenso a través del D.S. 144-88-EF las exoneraciones del Impuesto General a las Ventas establecidas por normas con fuerza de ley sostuvo que la norma que suspende la exoneración es: "simple y llanamente de un Decreto Supremo que se sustenta en la facultad que confiere el inciso veinte del numeral constitucional acotado que contempla la potestad de administrar la hacienda

pública y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional y ~~en~~ cargo de dar cuenta al Congreso; que ello necesariamente conlleva que el Ejecutivo no puede transgredir ni desnaturalizar el ordenamiento jurídico de la Nación, pues los límites para la actuación del Ejecutivo no sólo implícitos sino explícitos en virtud de la limitación a las atribuciones presidenciales impuesta por el inciso once del Ar 211° de la Constitución; que el límite de los Decretos Supremos es siempre la ley y traspasado ese límite el citado Decreto deviene inconstitucional e inaplicable; que no puede sustituirse mediante un Decreto Supremo lo que ha sido materia de una tratamiento específico de una ley ordinaria".

Sin embargo, la Corte Suprema en este año sostuvo en una resolución del 18 de enero, que los decretos supremos de urgencia tienen rango de ley característica que ha sido negada por el Tribunal de Garantías Constitucionales. No encuentran los vocales violación al principio de jerarquía de las leyes por el carácter temporal de estas normas.

En resumen, estas normas no tienen la jerarquía de las leyes pero participan de su fuerza durante su vigencia, siempre que no vulneren la Constitución y se

dicten de acuerdo a los marcos que le señala la Constitución.

Hay otros temas sobre los que será necesario que se pronuncie el Congreso interpretando las medidas a fin que sean usadas con arreglo a la Constitución:

1.- Definir si se trata de los reglamentos de necesidad y urgencia, es decir, determinar la naturaleza jurídica de estas normas. Al respecto tanto el Colegio de Abogados de Lima en su pronunciamiento del 12 de Abril de 1987, como el Anteproyecto de Democratización de las Decisiones de Gobierno, así como quienes han abordado el tema en diversos trabajos de investigación coinciden en que se trata de los decretos de urgencia. Recomiendan que las normas que contienen estas medidas tengan otra denominación -sugieren la de Decretos de Urgencia, así como una numeración distinta. Consideramos que esto favorecerá a su individualización y a la confusión existente respecto de estas medidas.

Han sido muchos los decretos supremos que se han dictado al amparo de los incisos 11) y 20) simultáneamente.

- 2.- Definir a qué se alude con el carácter extraordinario de las medidas. Qué tipo de situaciones configuran el hecho habilitante.
- 3.- Determinar qué materias están incluidas en lo económico y financiero.
- 4.- Reglamentar la obligación de dar cuenta al Congreso, obligación que se complementa con la que tiene el Congreso de fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo. Por ello hemos sostenido que el Congreso debe pronunciarse expresamente sobre la derogación o conversión en ley de estas medidas.

Creemos que el control parlamentario debe ser ejercido sobre los siguientes temas:

- a) Valoración de la situación que habilitó las medidas extraordinarias. Para ello el Congreso evaluará los considerandos de la norma de los que debe fluir los hechos que se han considerado excepcionales, imprevisibles y de necesidad. Será evaluada la interpretación que se ha hecho sobre el término interés nacional, excluyendo una interpretación arbitraria.

- b) Verificar si la norma tiene un contenido esencialmente económico y financiero.
- c) Deberá velar por el respeto a las normas constitucionales y legales. Es decir revisar que el contenido del decreto se adecúe a la Constitución y, si entra en conflicto con ella, derogarla. En caso de resultar incompatible con una ley será necesario que opte entre derogarlo o convertirlo en ley.
- d) Verificar si se cumplió con la refrendación ministerial.
- e) Revisar la transitoriedad de la norma.

5.- Es fundamental que se aborde el tema de la jerarquía de las normas que contienen estas medidas extraordinarias. Es decir, determinar si tienen fuerza de ley, si pueden derogar, suspender o modificar temporalmente las normas legales vigentes.

Francisco Eguiguren sostiene que en los últimos años las medidas extraordinarias "han estado premunidas de evidente contenido y fuerza material legislativa, regulando y modificando aspectos y

relaciones que habitualmente debieran normarse a través de leyes emanadas del Congreso"(75). Carlos Cárdenas(76) sostiene que sin rango de ley su eficacia se vería seriamente dañada.

Durante el gobierno de Fernando Belaúnde, Carlos Rodríguez Pastor, Ministro de Economía, Finanzas y Comercio, sostuvo que las medidas extraordinarias tenían el rango de las leyes. Lo hizo en un Oficio dirigido a Luis Alberto Sánchez, entonces Presidente de la Comisión de Constitución del Senado.

En muchos casos se suspendieron los efectos de las normas con rango de ley, en otros se derogaron estas normas al no contener los decretos medidas transitorias y no fijar un plazo de caducidad.

La fuerza de ley está dada para muchos por razón de la materia que regulan y por la obligación de dar cuenta al Congreso; innecesariamente ^{si no se} ~~se~~ tratará de normas con fuerza de ley.

6.- Otro aspecto importante es señalar el plazo de vigencia de la norma.

(75) EQUIGURE PRAELI, F.; "Control Parlamentario de los Decretos"; p. 42.

(76) CARDENAS QUIROS, C.; op. cit.; p. 4.

El carácter transitorio de estas medidas es recogido por casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos que lo contemplan. Carácter transitorio que va implícito en la noción de medidas extraordinarias.

Esta característica que no se señala expresamente en el inciso 20) ha sido prevista en algunos decretos de urgencia, en otros no solo ha estado presente sino que las normas que contenían estos decretos eran de carácter permanente.

Tan importante como la fiscalización parlamentaria sobre esta legislación es establecer un período de vigencia para estas normas.

- 7.- Otra cuestión que consideramos como importante de resolver por quienes estudiamos el tema, ^{es determinar} ~~a saber~~, qué vía debe ser usada para lograr la impugnación de un Decreto Supremo dictado al amparo del inciso 20), ha sido resuelta recientemente por el tribunal de garantías Constitucionales en la resolución de 3 de Octubre de 1990 publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el día 19 de octubre.

El caso se refiere a una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por veinte

Senadores en contra del Decreto Supremo N° 057-90-TR.

El Tribunal con la asistencia de ocho Magistrados resuelve por mayoría declarar inadmisibles las demandas. Entre las consideraciones del Tribunal está la enumeración taxativa de las normas cuya impugnación puede conocer el Tribunal y entre ellos no está el Decreto Supremo impugnado.

Comentario especial merecen los fundamentos de voto del Dr. Jaime Diez Canseco Yañez, quien manifiesta el desconcierto reinante respecto de la naturaleza jurídica y rango de las medidas extraordinarias.

"Queda pues claro que el Tribunal de Garantías Constitucionales, de acuerdo a la Constitución artículo doscientos noventa y ocho inciso primero y el artículo segundo de su Ley Orgánica no tiene sino las dos únicas competencias que señala; entre las que no está declarar la inconstitucionalidad de un Decreto Supremo de carácter general como el cero cincuenta y siete noventa-TR. Su jurisdicción no es prorrogable al Tribunal de Garantías Constitucionales, así tuviera fuerza de ley, por ser la acción popular de orden público, al ser ley procesal."

"... No se pronuncia aún cuando puedan ser decretos con fuerza de ley..."

Los del Dr. Pelayo Samanamud Rubin quien sostiene que los decretos supremos dictados al amparo del inciso

20) del Artículo 211° no tienen fuerza de ley porque la Constitución no lo dice.

"Que el Tribunal de Garantías Constitucionales, no tiene competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo cero cincuentisiete-noventa-TR, porque dicho Decreto Supremo no es ley, además, tampoco tiene fuerza de ley, porque la Constitución Política del Estado, cuando establece que una norma jurídica de inferior jerarquía a la ley tiene fuerza de ley lo indica expresamente, así...".

El Dr. Samanamud pone como ejemplos los Reglamentos de las Cámaras y el Congreso así como las convenciones colectivas de trabajo. Sostiene que "la diferencia sustancial que hay entre los Decreto Supremos de carácter general expedidos por el Poder Ejecutivo (...) está en que los primeros (Artículo 211° inc. 11) sirven para reglamentar las Leyes y los segundos son exclusivamente para administrar la hacienda Pública o dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera...".

Finalmente el voto singular del Dr. Efraín Espinal Cruzado quien se pronuncia por la declaración de admisibilidad de la demanda.

En sus fundamentos da cuenta del fenómenos del Estado moderno: el fortalecimiento del Poder Ejecutivo

y consecuente actividad legislativa. Cita a Domingo García Belaunde, Carlos Cárdenas Quiróz, Alfredo Quispe Correa, César Landa Arroyo y Francisco Eguiguren Praeli quienes luego de los estudios realizados han concluido que estas normas tienen fuerza de ley.

"Por consiguiente, si de acuerdo con la doctrina actual u el propio texto constitucional el Decreto de urgencia cuestionado tiene fuerza de ley y el Tribunal de Garantías Constitucionales es el "órgano de control de la Constitución", que "se encuentra sometido sólo a la Constitución y su Ley Orgánica" y es "único en su orden..." (Artículo 296°-Constitución; Artículo 1°, Ley N° 23385) "Es competente para abocarse al conocimiento de la acción incoada declando previamente la administración de la demanda."
 admisible

Sostiene que en tanto no se han dado los supuestos del Artículo 30° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales para declarar la inadmisibilidad de la demanda, "el tribunal debe entrar a conocer el fondo de la acción de inconstitucionalidad.

Añade que el tribunal es el órgano con jurisdicción constitucional, que no deben por mandato del inciso 6° del Artículo 233° de la Constitución dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley.

Creemos que esta resolución si bien ha resuelto uno de los problemas que presentan las medidas extraordinarias -el de la acción para impugnarlas- el problema de su fuerza en el ordenamiento jurídico continúa incierto.

La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales es vinculante para apartarse de este precedente deben haber ocho votos conformes mediante esta resolución: que los decretos supremos dictados al amparo del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución se impugnan mediante la acción popular ante el Poder Judicial.

De acuerdo a lo dicho en los capítulos precedentes el rango de ley está dado por la posibilidad que las normas sean impugnadas en un tribunal constitucional. La fuerza de ley es un concepto más amplio, no todas las normas con fuerza de ley participan de la misma fuerza como hemos visto. Pues bien, sostenemos que las medidas extraordinarias participan en cierto modo de la fuerza de ley, aún cuando de acuerdo a lo establecido por el Tribunal de Garantías Constitucionales en la resolución comentada, estas normas carecen de rango de ley.

Una acción expedita para lograr la inaplicación del decreto supremo de urgencia inconstitucional es la acción de amparo.

3.2.4 Decretos Leyes

En nuestro ordenamiento jurídico se conocen como decretos leyes aquellas normas que con fuerza de ley dictan los gobiernos de facto. Se caracterizan por tener el contenido de las leyes, es decir por regular aquellos aspectos que la Constitución o la costumbre ha reservado tradicionalmente a la regulación por ley.

Los gobiernos de facto han constituido hechos relativamente frecuentes en nuestro país y han escrito varios capítulos en la historia del Perú. Se trata de un fenómeno esencialmente político con efectos jurídicos, a decir de Marcial Rubio y Enrique Bernales(77).

(77) RUBIO, M.; BERNALES, E.; op. cit.; p. 291.

Aún cuando el origen de estos gobiernos constituye un acto violatorio de la Constitución(78), su ejercicio se ordena de acuerdo a normas jurídicas.

Se ha discutido mucho en torno a la vigencia de la Constitución durante estos gobiernos. Algunos han hablado de una suspensión de la vigencia plena de la Constitución, otros de la implantación de una Constitución real distinta a la escrita. Se habla de una mutación constitucional por adición o disminución.

Nosotros consideramos que los decretos leyes en el Perú no han contradicho la Constitución únicamente por su forma de producción sino también por su contenido. La vigencia de la Constitución se suspenderá en mayor o menor grado dependiendo del gobierno que haya entrado al poder. En los casos en los que se trate de la implantación de un sistema político distinto, no creemos que pueda hablarse de vigencia de la Constitución.

(78) Prueba de ello lo constituye el Decreto Ley N° 17063, que aprobó el Estatuto Revolucionario, cuyo Artículo 5° dispuso que: "El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente estatuto y a la Constitución del Estado, leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario".

Sin embargo, no pretendemos discutir la legitimidad de estos gobiernos, para efectos de nuestro trabajo, nos interesa solo un aspecto, el de su producción jurídica. Los gobiernos de facto legislan y esa legislación tienen una vigencia real.

En el Perú es válido lo que sostiene Ramella para Argentina, "...atendiéndonos a la realidad, que podemos reprobar, pero no negar en su existencia y fuerza fáctica-, (...) hay dos técnicas para emanar leyes. Una, la prevista por la Constitución y la otra, la excepcional, en tiempos de gobiernos de facto"(79).

Durante estos períodos el Poder Ejecutivo ha concentrado las funciones legislativas y ejecutivas, sin embargo, su producción de normas ha sido de diversa jerarquía. Es decir que, durante los gobiernos defacto se han dictado además de los decretos leyes, normas de menor jerarquía, como decretos supremos, así como resoluciones supremas y ministeriales.

Un problema que se presenta en los países en los que han existido este tipo de gobiernos es el de la vigencia de las normas dictadas durante este período, una vez concluido y restituido el ordenamiento jurídico

(79) RAMELLA, P.; op. cit.; p. 698.

constitucional. Son muchos los autores que cuestionan la vigencia posterior de estas normas.

Marcial Rubio y Enrique Bernalles(80) resumen en tres las teorías que existen al respecto:

- La caducidad, según la cual, una vez instaurado el orden constitucional las normas dadas por los gobiernos de facto cesan de tener validez.
- La de la revisión, según la cual, estas normas deben ser revisadas por el Congreso del gobierno restaurado, el cual dentro de un plazo, declarará cuáles decretos leyes reciben convalidación y cuáles cesan de tener validez.
- La de la continuidad, según la cual las normas dadas por los gobiernos de facto continúan teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y que serán por lo tanto, modificadas o derogadas por el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, manteniendo entre tanto su validez.

(80) RUBIO, M.; BERNALES, E.; op. cit.; p. 268.

Esta teoría está basada en su naturaleza legislativa y en razones de seguridad jurídica.(81)

La mayor parte de la doctrina argentina se ha manifestado en favor de la ratificación posterior de estas normas.

En el Perú lo que ha ocurrido en la práctica es la aplicación de la teoría de la continuidad. Es decir, que aquellos decretos leyes no modificados expresamente continúan vigentes y tienen la fuerza y el rango de las leyes. Aún cuando la Ley N° 23230 confiere facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que "derogue o modifique la legislación expedida a partir del 3 de octubre de 1968", en determinadas materias suscribiendo aparentemente la teoría de la revisión, en la práctica se aplicó la de la continuidad.

Creemos que la vía para impugnar estas normas es la de la inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, habiendo transcurrido seis años desde que se constituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales y de conformidad con los Artículos 25° y tercera Disposición Transitoria la acción ha caducado.

(81) BELAUNDE, Javier de; "Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales"; En: Derecho N° 32, p. 117.

No obstante, por disposición de la propia Constitución los jueces en virtud del Artículo 87° y 236° aplicarán la norma Constitucional y no el decreto ley no impugnado que colisione con ésta.

3.3 OTRAS NORMAS CON FUERZA DE LEY

Además de los instrumentos legislativos ya analizados existen dos órganos facultados a dictar normas con fuerza de ley. Se trata de las Asambleas Regionales y los Concejos Municipales.

Las normas regionales de carácter general a las que alude el Artículo 298° inciso 1) de la Constitución han recibido en la Ley de Bases de la Regionalización el nombre de Leyes Regionales. El Artículo 60° de esta ley señala que se trata de disposiciones con jerarquía de ley.

El artículo constitucional al que hemos hecho referencia menciona a las ordenanzas municipales entre aquellas normas con rango de ley.

En el presente capítulo desarrollaremos aspectos importantes como su competencia legislativa, su ámbito material y territorial entre otros.

3.3.1 Leyes Regionales

La Asamblea Regional es el órgano normativo del Gobierno Regional.

Hemos visto (supra 1.2) que el Estado Regional se caracteriza por estar políticamente descentralizado, es decir por tener autonomía lo que para Juan Ferrando Badía significa que la región tenga competencia legislativa. La autonomía para Virga es "la potestad que tiene un ente público de darse leyes en sentido material, destinadas a formar parte del ordenamiento jurídico estatal"⁽⁸²⁾.

A continuación intentaremos determinar las competencias legislativas de los Gobiernos Regionales a fin de complementar lo expuesto en relación a la forma jurídica del Estado peruano. El Estado peruano se configura como una forma intermedia entre el Estado Regional y el Estado unitario descentralizado

(82) FERRANDO BADIA, J.; op. cit.; p. 47.

administrativamente. Ferrando Badia sostiene que "el Estado descentralizado políticamente se identifica ciertamente con el Estado regional o con el Estado federal"(83).

Analizaremos el bloque de constitucionalidad integrado por la Carta Política de 1979, el Plan Nacional de Regionalización, Ley N° 23878 y la Ley de Bases de la Regionalización, Ley N° 24650, modificada y ampliada por la Ley N° 24792.

a) Competencia Legislativa

La Constitución en el Artículo 265°, encarga a la Asamblea Regional ejercer las competencias legislativas y administrativas que expresamente le delegan los Poderes Legislativo y Ejecutivo; dictar las normas de su organización interior; aprobar el plan regional de desarrollo y las demás funciones que le señala la ley. Esta disposición contiene dos tipos de competencias legislativas, la delegada sobre las materias que el Congreso expresamente le delegue y una competencia originaria sobre las demás mencionadas. De allí que se puede afirmar que existe una reserva en favor de las Asambleas Regionales en estas materias. Es necesario

(83) Citado por NUÑEZ MACHADO, S.; op. cit.; t1; p. 155.

definir, sin embargo, si se trata de competencias legislativas o si por el contrario se trata de disposiciones que dicta la Asamblea en ejercicio de una potestad de autonormarse, inherente para algunos tratadistas, a la función administrativa.

Es claro que no se trata de competencias legislativas igual a las del Estado, pues si bien las leyes regionales tienen fuerza de ley, se trata de distintos grados de fuerza, la ley regional tiene límites, que analizaremos más adelante y que están dados, fundamentalmente, por el ámbito territorial y por la competencia material. Sin embargo, en su territorio y sobre materias de su competencia tiene el mismo valor que una ley parlamentaria.

La Constitución no ha sido clara en la asignación de competencias legislativas a los Gobiernos Regionales. Ello, en parte, es consecuencia de la forma deficiente en que se reguló la función legislativa. Sin embargo, tratando de salvar este obstáculo podemos afirmar que las Constituciones pueden dejar en algunos casos sus normas abiertas a distintas posibilidades. Hoy es frecuente que las normas constitucionales estén dotadas de apertura y amplitud a fin que se concreten y desarrollen posteriormente a través de leyes. Estas plantearán objetivos más detallados y precisos.

Las leyes, de otro lado, no tienen un procedimiento muy rígido para ser modificadas de acuerdo a los objetivos del Gobierno. Las leyes que desarrollan las instituciones constitucionales (leyes orgánicas) conforman el bloque de constitucionalidad, a ellas se refiere el Artículo 21° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando dispone que para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, el Tribunal considera además de los preceptos constitucionales. **Las leyes que dentro del marco constitucional se haya dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado.**

Son estas leyes orgánicas las que perfilarán la forma jurídica del Estado peruano que en este momento no es propiamente un Estado regional ni uno descentralizado administrativamente. Su autonomía política es restringida.

"Si bien los gobiernos regionales tienen autonomía política, esta es limitada dentro de la concepción de gobierno unitario, y el ejercicio de su autonomía, está supeditada a su armonización con las competencias de los Poderes Ejecutivo y Legislativo."(84)

(84) Plan Nacional de Regionalización V.

De hecho, el modelo planteado en la Constitución configura un Estado plurilegislativo en el que coexisten ~~un~~ ordenamientos jurídicos regional y el nacional.

El Artículo 266° de la Constitución contiene una norma fundamental para la integración del orden jurídico regional y nacional: la delegación de competencias legislativas del Congreso a la región supone siempre subordinación a la legislación nacional. Este artículo reserva para el gobierno central las materias que alteran el carácter unitario de la República, el ordenamiento jurídico del Estado o que pueden ser opuestas al interés nacional o al de otras regiones.

Por su parte, la Ley N° 23878 que aprueba el Plan Nacional de Regionalización al trazar los lineamientos de las competencias legislativas de la Asamblea Regional las delimita en los siguientes términos:

"Debe tomarse en consideración que las competencias legislativas de los Gobiernos Regionales; no sólo están subordinadas al orden jurídico interno, sino que el Gobierno Regional ejerce dichas facultades, sólo en tanto el Poder Legislativo se las delegue expresamente (inciso 3 del Artículo 265°) subordinándose la facultad legislativa regional delegando, a lo que disponga la ley habilitante en lo que

respecta a la materia, extensión y límites de la norma."(85)

La Ley N° 23878 reconoce como competencia legislativa autónoma la relativa a la aprobación del presupuesto de la región proveniente de ingresos propios. Omite esta ley desarrollar las demás materias que serán de competencia de las Asambleas Regionales por ejemplo el plan regional de desarrollo, la organización interior y circunscribir las demás funciones a las que alude el inciso 7) del Artículo 265° de la Constitución.

El Plan Nacional de Regionalización reproduce el Artículo 139° de la Constitución que dispone que "los gobiernos regionales puedan crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delega por ley".

Fueden los Gobiernos Regionales celebrar operaciones de crédito interno respetando el ordenamiento legal, materia que se incluye entre sus competencias legislativas.

El Plan Nacional de Regionalización fue promulgado en el mes de junio de 1984, estaba prevista en el

(85) Plan Nacional de Regionalización, 7.1.b.

Artículo 259° de la Constitución. Esta a su vez contempló la dación de una Ley de Bases de la Regionalización previa a la creación de las Regiones. La Ley N° 24650, Ley de Bases de la Regionalización, se promulgó el 19 de marzo de 1987, fue modificada y ampliada por la Ley N° 24792. La Ley N° 25012 promulgada el 8 de febrero de 1989 aprueba una ley interpretativa de la Constitución a fin que el plazo para la creación de regiones prevista en la Constitución se compute a partir de la vigencia de la Ley N° 24650.

El Decreto Supremo N° 071-88-PCM por encargo del Congreso publicó el texto único ordenado de la Ley de Bases a cuyos artículos aludiremos en adelante.

En cuanto a la competencia legislativa de los Gobiernos Regionales la Ley de Bases delimita la materia en el Artículo 58°. Se trata de una delimitación negativa de competencia material, materias reservadas al Gobierno Central:

- 1.- Los derechos y deberes fundamentales de la persona, así como cualquier disposición que altere el principio de igualdad.
- 2.- La nacionalidad, ciudadanía, extranjería, asilo y extradición.

- 3.- Las relaciones exteriores, la seguridad exterior y el orden interno.
- 4.- La legislación civil, comercial, penal y laboral.
- 5.- La administración de justicia.
- 6.- El régimen monetario y bancario.
- 7.- El régimen de comercio exterior.
- 8.- La deuda pública y la hacienda pública.
- 9.- Las bases de orientación y coordinación de la planificación regional.
- 10.- La legislación básica de la seguridad social.
- 11.- El régimen jurídico de la administración pública.
- 12.- La regulación de la marina mercante, la aviación comercial y los ferrocarriles; y
- 13.- El régimen de prensa, radio, televisión, comunicación postal y telecomunicaciones.

La enumeración de materias que contienen este artículo no es taxativa. En primer lugar, deben incluirse todas aquéllas que de conformidad con el Artículo 266° de la Carta Política alteren el carácter unitario de la República, sean opuestas al interés nacional o al de otras regiones, o, alteren el ordenamiento jurídico del Estado. En segundo lugar, debe añadirse las normas que contengan los elementos constitutivos de los tributos, excluidos de la potestad legislativa regional. Este listado de materias puede ser ampliado o reducido a través de leyes orgánicas.

Este listado de materias indelegables toma distancia de otros sistemas legislativos como España y Alemania que permiten la delegación de facultades legislativas sobre materias de competencia exclusiva bajo ciertas condiciones.

Con la finalidad de delimitar el contenido de las leyes regionales es necesario individualizarlas, distinguir las de otros instrumentos legislativos de los Gobiernos Regionales.

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Bases de la Regionalización, la Asamblea Regional aprueba además de leyes regionales, decretos regionales, resoluciones legislativas y acuerdos. Es conveniente para una buena técnica legislativa que una ley norme lo relativo a la producción de normas, de manera tal que el contenido de un instrumento legislativo esté preestablecido.

Los decretos regionales son disposiciones generales que expide la Asamblea Regional por delegación del Poder Ejecutivo o en cumplimiento de las facultades que señala la Ley de Bases de la Regionalización en los Artículos 7° y 8° y las leyes de creación de las regiones. Son normas administrativas de carácter general.

"Los decretos regionales, como es de saber, regulan aspectos y materias administrativas distintas de lo que regulan las leyes regionales; de modo que no existe subordinación jerárquica entre las mismas, como ocurre entre la ley y el decreto supremo reglamentario, sino que existen competencias propias de cada norma que sí requieren de una coordinación horizontal técnica y normativamente apropiada en el seno de la propia Asamblea Regional."(86)

En cuanto a su contenido César Landa sostiene que:

"El propósito por un lado es regular la Organización, el funcionamiento de la producción de bienes y la prestación de los servicios públicos en la región, mediante la constitución de empresas de derecho privado, instituciones públicas descentralizadas o proyectos especiales. De otro lado, regulan el ámbito y las actividades de la administración regional; tales como fijar la sede del Gobierno Regional; definir el territorio y las funciones de las Oficinas Subregionales de Desarrollo, aprobar la convocatoria a referendun para proponer las modificaciones en la demarcación regional; y, declarar el estado de calamidad pública en una o más circunscripciones territoriales de la región."(87)

De acuerdo a los Artículos 27° y 65° de la Ley de Bases las resoluciones legislativas regionales aprueban asuntos de carácter particular como nombrar al Presidente del Consejo Regional de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas así como emiten

(86) LANDA ARROYO, César; op. cit.; p. 200.

(87) Loc. cit.

resoluciones en asuntos de su competencias. Los acuerdos son las decisiones que adopte la Asamblea Regional para expresar la opinión o la voluntad del Gobierno Regional, como solicitar la delegación de facultades legislativas y/o administrativas al Gobierno Central o pronunciarse sobre los asuntos que somete a su consideración el Consejo Regional. La competencia legislativa de las Asambleas para emitir leyes regionales está expresada en los Artículos 57°, 60°, 64° y 65° de la Ley de Bases de la Regionalización.

La Asamblea Regional expide, por delegación expresa del Poder Legislativo disposiciones con jerarquía de Ley que se denominan Leyes Regionales. Aprueban además la organización del Gobierno Regional, el presupuesto, el plan regional "así como otros asuntos que se derivan del ejercicio de sus funciones".

Creemos que la Ley de Bases ha dejado aquí una innecesaria e inconveniente indefinición pues no es claro y unívoco el reservar para las leyes regionales otros asuntos derivados de su función. Puede interpretarse que se refiere a otros aspectos relacionados con la organización de los Gobiernos Regionales, que alude a las funciones de las Asambleas Regionales contenidas en el Artículo 27° de la Ley de Bases; o, que se refiere a las funciones que se deriven

del ejercicio de las competencias de los Gobiernos Regionales descritos en los Artículos 7° y 8° de la Ley de Bases y que incluyen las más diversas competencias sectoriales, con lo cual sobre estas materias no sería necesaria una delegación de facultades legislativas.

La definición de estas competencias resulta de especial interés por las implicancias que tiene en cuanto a la promulgación de la ley ^{regional} ~~orgánica~~. De interpretarse que se trata de las competencias sectoriales que le encarga el Artículo 8° de la Ley de Bases, no sería necesaria la promulgación por el Presidente de la República sino que el Presidente de la Asamblea podría promulgarla de conformidad con lo establecido por el Artículo 64° de la ley aludida.

Creemos que esta última interpretación no es admisible por escapar a los marcos establecidos en el Bloque de Constitucionalidad y por ser incoherente respecto del resto de la Ley de Bases de la Regionalización.

En efecto, el Artículo 261° de la Constitución detalla una serie de competencias sobre las que las Regiones pueden ejercer la función administrativa más no legislativa. El Plan Nacional no contempla estas

materias al regular lo relativo a las competencias legislativas. Finalmente, el Artículo 8° alude expresamente a la norma constitucional que acabamos de comentar y añade en su último párrafo que el ejercicio de las funciones de regulación y de expedición de normas administrativas de procedimiento y se realiza con sujeción a la legislación nacional sobre la materia. El Artículo 52° dispone que para que la normatividad sectorial sea de cumplimiento obligatorio para el Gobierno Regional, la atribución del órgano emisor debe estar amparada en una ley o decreto supremo. ¿Significa esto que para ejercer las competencias sectoriales del Artículo 8° es necesario un decreto supremo o una ley que autorice o delegue su ejercicio? Creemos que en este tema la ley no ha sido clara. En todo caso debe interpretarse que se trata de normas tendientes a adecuar y ejecutar las políticas diseñadas por el Gobierno Central y por ello no deben estar contenidas en una ley regional. Es, sin embargo, un tema sobre el cual será necesario que el Congreso se pronuncie.

Muchas Constituciones en las que el Estado adopta formas plurilegislativas han optado por un reparto de competencias entre el Gobierno Central y los entes políticamente descentralizados. Lo han hecho en la propia Carta Política. Este sistema de listados sobre

los que existe competencia legislativa exclusiva, concurrente o integrativa (infra 4.3) resulta muy conveniente a fin de asegurar una buena técnica normativa y consiguiente resolución de los conflictos que puedan presentarse entre normas de igual nivel jerárquico, pero de un nivel de gobierno diverso.

Así por ejemplo, la Constitución española reserva para el Estado competencias exclusivas en las siguientes materias:

- La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.
- Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.
- Relaciones internacionales.
- Defensa y Fuerza Armadas.
- Administración de Justicia.
- Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal.
- Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.
- Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las

- Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.
- Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.
 - Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.
 - Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación crédito, banca y seguros.
 - Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.
 - Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
 - Hacienda general y Deuda del Estado.
 - Fomento y coordinación genral de la investigación científica y técnica.
 - Sanidad exterior. Bases y coordinación genral de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.
 - Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, (...).
 - Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (...), legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

- Pesca marítima.
- Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas.
- Ferrocarriles y transportes terrestres(...); régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.
- La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.
- Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.
- Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.
- Bases del régimen minero y energético.
- Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

- Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.
- Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.
- Seguridad pública.(...).
- Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales (...).
- Estadística para fines estatales.
- Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

Las Cortes Generales, pueden atribuir, transferir o delegar a través de una Ley de Bases la regulación de alguna materia, reservándose la modalidad de control sobre esta legislación. La Constitución prevee un listado de competencias concurrentes.

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania regula en el capítulo VII el régimen legislativo, en él se detallan las materias que son de

competencia exclusiva de la Federación. Algunas de ellas son:

- Los asuntos exteriores así como la defensa, y la protección de la población civil.
- La nacionalidad en el orden federal.
- La libertad de movimiento y de residencia, el régimen de pasaportes, la inmigración y emigración y la extradición.
- El régimen cambiario y monetario, el régimen de acuñación, el sistema de medidas y pesas, así como la fijación de la hora.
- La unidad del territorio aduanero y comercial, los tratados de comercio y navegación, la libre circulación de las mercancías y el intercambio comercial y financiero con el extranjero, incluso la policía de aduanas y fronteras.
- Los ferrocarriles federales y la navegación aérea.
- El correo y las telecomunicaciones.
- El derecho de la propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos de edición.
- La cooperación de la Federación y de los Länder:
 - a) en materia de policía criminal;
 - b) para la defensa del régimen fundamental de libertad y democracia, la existencia o la seguridad de la Federación o de un Ländo discriminación (defensa de la Constitución).

- c) para la defensa contra intentos en territorio federal que mediante el recurso a la violencia o acciones preparatorias en ese sentido, pongan en peligro intereses exteriores de la República Federal de Alemania. Así como la creación de una Oficina Federal de Policía Criminal y la lucha internacional contra la delincuencia.
- La estadística para fines de la Federación.

Además se señalan las materias de legislación concurrente, entre ellas:

- El derecho civil, el derecho penal y el régimen penitenciario, la organización judicial, el procedimiento judicial, el régimen de la abogacía, del notariado y del asesoramiento jurídico.
- El estado civil.
- El derecho de asociación y reunión.
- El derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros.
- El derecho de tenencia de armas y explosivos.
- La defensa del patrimonio cultural alemán contra la emigración al extranjero.
- Los asuntos relativos a los refugiados y expulsados.

- La legislación en materia económica (minería, industria, energía, artesanado, pequeña industria, comercio, el régimen bancario y bursátil, seguros de derecho privado).
- La producción y el aprovechamiento de la energía nuclear con fines pacíficos, la instalación y explotación de plantas al servicio de dichos fines, la protección frente a los peligros que puedan derivarse de la liberación de energía nuclear o de la producción de rayos ionizantes, y la eliminación de materiales radiactivos.
- El derecho laboral con inclusión del régimen orgánico de las empresas, la protección del trabajo y las oficinas de colocación, así como el seguro social con inclusión del seguro de desempleo.
- El derecho de expropiación en lo referente a las materias comprendidas en los Artículos 73° y 74°.
- La transferencia de la tierra, de las riquezas naturales y medios de producción a propiedad colectiva u otras formas de economía colectiva.
- El tráfico de carretera, el régimen para automotores y la construcción y el mantenimiento de las grandes carreteras, así como la percepción y distribución de derechos por la utilización de vías públicas con vehículos.

- Los ferrocarriles que no sean federales, salvo los de montaña.
- La eliminación de basuras, el mantenimiento de la pureza del aire y la lucha contra el ruido.
- La legislación concurrente se extiende además a la remuneración y previsión del personal perteneciente al servicio público.

La Constitución italiana establece las materias en las que se reconoce competencia legislativa a las regiones siempre concurrentes con las del Estado.

Si bien la Constitución peruana no tiene un reparto de competencias legislativas entre el Gobierno Central y el Regional, creemos que este puede hacerse a través de leyes orgánicas otorgando una delegación permanente a las Asambleas sobre algunas materias. Esta delegación debe ser expresa y muy clara. Hoy, son muchos los funcionarios que interpretan que la Ley de Bases de la Regionalización ya ha realizado un reparto de competencias legislativas, otros consideramos que esta ley no es clara en este aspecto y debe ser revisada.

A causa de las diversas interpretaciones posibles, los Gobiernos Regionales suponen que los márgenes de su autonomía son los de la Ley de Bases, el Gobierno

Central hace una interpretación restrictiva de la ley y para asegurar su posición está dando marcha atrás en las transferencias hechas por ley en los meses anteriores. Todo esto ha dado lugar a la interposición de acción popular contra estos decretos supremos por los Gobiernos Regionales y de un proyecto de ley que contempla su derogación.

De hecho, un primer objetivo en este proceso de regionalización es delimitar con claridad las competencias legislativas de los Gobiernos Regionales, locales y del Gobierno Central.

Una delegación permanente para legislar sobre algunas materias no implica en ningún caso una renuncia del Congreso a regular la materia delegada, pues el Congreso no puede despojarse de su atribución. Recordemos que la Constitución encarga función legislativa al Congreso de acuerdo a lo que hemos sostenido.

Las competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales a las que ya hemos hecho referencia, sólo pueden incrementarse a través de una modificación constitucional. Lo aconsejable es que la Constitución inicie el reparto de competencias, en todo caso muchos autores se manifiestan en el sentido que la

distribución competencial no sea exhaustiva sino que pueda completarse eventualmente posteriormente mediante leyes orgánicas, por ejemplo.

"La distribución competencial exige concreciones ulteriores que solo las leyes estatales pueden aportar."(88)

No es conveniente agotarlas en la Constitución dándoles una rigidez inconveniente a estas normas. "Friedrich ha dicho que este del reparto material es un asunto de conveniencia preñado de criterios políticos que se resolvieron en decisiones desiguales y variables según el tiempo y lugar"(89)

De las normas analizadas concluimos que existe en la Asamblea Regional una competencia normativa delegada y una originaria. La competencia delegada recae sobre aquellas materias que se deleguen por el Congreso en la Asamblea Regional. La originaria en lo relativo a la organización interior del Gobierno Regional, aprobación del presupuesto de la región y plan regional de desarrollo, materias que quedan excluidas de la competencia del Congreso. No hay más competencias autónomas y exclusivas que estas, las demás son concurrentes.

(88) MUÑOZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 213, tl.

(89) Ibid., tl, p. 317.

b) **Delegación de Facultades Legislativas a las Asambleas Regionales**

De acuerdo al Artículo 57° de la Ley de Bases la delegación de facultades legislativas del Congreso a las Asambleas Regionales puede hacerse en dos modalidades:

En primer lugar puede el Congreso delegar facultades legislativas a la Asamblea en la ley orgánica de creación de la región. En segundo lugar, de no haber delegado en la ley orgánica de creación de la región, puede hacerlo en una ley autoritativa, para materia específica y por un plazo determinado para su ejercicio.

Al respecto Luis Bustamante Belaunde ha criticado que la ley de bases introduzca este requisito que la Constitución no menciona, llama a la Ley N° 24650, "Ley de la Desconfianza"(90)

El Artículo 57° pareciera excluir la delegación de funciones legislativas en forma permanente al sujetar a los requisitos de materia y plazo determinado la

(90) BUSTAMANTE BELAUNDE, L.; Entrevista en "El Comercio", miércoles 25 de marzo de 1987, B p. 14.

delegación de competencias legislativas "que no estén contempladas en la ley original de creación".

Creemos que se trata de una norma rígida pues el Congreso puede en el proceso de regionalización decidir transferir una materia en forma permanente - sin desposeerse de ella.

En efecto, en tanto nos hemos manifestado en contra de la delegación de facultades legislativas, amplia y demasiado frecuente, al Poder Ejecutivo. Creemos que la delegación de facultades legislativas a las Asambleas Regionales no constituye un acto reprochable al Congreso por las siguientes razones:

En primer lugar, porque la Constitución no ha puesto más límites que las del Artículo 266° y 58° en cuanto a la materia, a la ley de delegación del Congreso, a las Asambleas a diferencia de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo. En segundo lugar, porque la regionalización como un medio eficaz para la descentralización constituye un objetivo político nacional. Ya hemos mencionado que se intentó a través de los años la transformación del Estado centralista en uno descentralizado como medio de desarrollo del país. Tales ensayos se frustraron por diversas razones

quedando sólo el reuerdo de normas constitucionales y leyes que no se aplicaron.

La ley autoritativa constituye el presupuesto de la ley regional que regula materias cuya competencia es derivada y concurrente. Se trata de una ley ordinaria sin quorum calificado para su aprobación.

La delegación de facultades legislativas que se otorga a las Asambleas Regionales puede hacerse accediendo a un requerimiento de la asamblea o por iniciativa propia. "Las decisiones a delegar, la duración de la delegación, así como la reversión de la misma reside en dichos poderes"(91) (Ejecutivo y Legislativo).

La ley autoritativa delimita con precisión el objeto y el alcance de la delegación legislativa, en concordancia con el Artículo 266° de la Constitución.

La delegación no autoriza la modificación o derogatoria de la legislación nacional vigente. En el caso que ello fuera necesario, la ley autoritativa contiene las normas legales correspondientes.

(91) Plan Nacional de Regionalización VII.

Se trata de una consecuencia del principio constitucional que dispone que la delegación de competencia que acuerda el Poder Legislativo a la región supone siempre subordinación a la legislación nacional. De acuerdo a este artículo la ley autoritativa debe indicar expresamente las normas que quedarán derogadas. En la práctica la mayoría de leyes contiene una norma general por la que se derogan todas las normas que se opongan a la que se dicta, esta práctica tendrá que ser eliminada en el caso de las leyes regionales.

La ley autoritativa en materia tributaria determina de manera expresa los sujetos del tributo y los que queden exonerados de él, las tasas, el órgano de recaudación y demás elementos constitutivos del tributo, la vigencia de la norma y las disposiciones que, conforme al Artículo 139° de la Constitución quedan derogadas, o modificadas dentro del ámbito de la región.

El Artículo 139° de la Constitución dispone que los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les deleguen por ley. El Artículo 262° inciso 5) señala que son recursos de las regiones

los impuestos cedidos, total o parcialmente, por el Estado y los tributos creados para ellas.

El inciso 4) del Artículo 57° de la Ley de Bases de la Regionalización parece estar más en la línea del inciso 5) del Artículo 262° ya que entienden en forma restrictiva la facultad de los Gobiernos Regionales. En efecto, mientras el Artículo 139° le otorga a los gobiernos regionales competencia legislativa en la creación, modificación y supresión de tributos en tanto el Congreso se los delegue, la Ley de Bases recorta esta facultad. De acuerdo a lo establecido por la Ley de Bases, la Asamblea Regional previa delegación de facultades, podrá regular sólo aspectos formales de los tributos.

c) Aprobación, Promulgación y Publicación

Las leyes regionales deben aprobarse por mayoría calificada cuando regulen:

- Materias delegadas por el Congreso de acuerdo al Artículo 64°; disposición que la ley autoritativa no puede variar.
- Aprobación del plan de desarrollo regional.
- Programa regional de inversiones.
- Presupuesto del gobierno regional.

- Cuenta regional, de conformidad con el Artículo 22° de la Ley de Bases.

Es decir, casi todas las materias posibles de regular por ley regional, salvo "otras derivadas del ejercicio de sus funciones". Al respecto, pensamos que este requisito debe aplicarse a todas las leyes regionales por igual. No es una norma clara que el Congreso tendrá que revisar.

Las leyes regionales que se dicten en virtud de una delegación de facultades se remiten al Presidente de la República para su promulgación y publicación dentro de los 15 días siguientes a su recepción.

Al enviarlas para su promulgación el Presidente de la Asamblea Regional debe mencionar el número de la ley autoritativa, la misma que es el presupuesto de la ley regional que dicta.

El Presidente de la Asamblea Regional promulga las leyes regionales que dicten sobre materias que no provienen de una delegación de facultades legislativas, a saber, aprobación del presupuesto regional, cuenta regional, plan regional de desarrollo entre otras.

Las leyes regionales de acuerdo al Artículo 68° de la Ley de Bases se numeran correlativamente y se publican en el diario oficial "El Peruano" y en un diario de la región si lo hubiera.

Las leyes regionales al igual que las leyes parlamentarias son obligatorias a partir del décimo sexto día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la propia ley. Entendemos que en todo caso la ley regional entrará en vigencia sólo después de su publicación. La publicación es esencial para la existencia de toda norma jurídica en el ordenamiento jurídico peruano. Los Gobiernos Regionales no pueden exceptuarse de este requisito para la producción de sus normas jurídicas.

El Presidente de la República puede formular observaciones dentro de los quince días siguientes a la recepción del proyecto de ley regional, las mismas que deben remitirse por escrito a la Asamblea Regional.

La Asamblea Regional puede insistir si reúne una votación aprobatoria de la mitad más uno del número legal de sus miembros. La Ley de Bases de la Regionalización dispone que si el Presidente no promulga la ley regional, ésta será remitida al

Congreso cuyo Presidente la promulgará y aún cuando no lo diga la ley entendemos, mandará publicar.

No hay disposición legal que prevea qué ocurrirá si el Presidente del Congreso se negara a promulgarla, lo cual es posible, más aún si tenemos en cuenta que no existen medios para que el Congreso ejerza control sobre las facultades que delega; debe incorporarse un mecanismo en este sentido.

El Presidente de la República puede ejercer su facultad de veto en caso que la ley regional:

- a) Exceda la materia delegada.
- b) Exceda el plazo previsto en la ley autoritativa.
- c) Regule materias que alteren el carácter unitario de la República, el ordenamiento jurídico del Estado o atente contra el interés nacional o el de otras regional.
- d) En el caso que deroguen sin autorización expresa y precisa la legislación nacional vigente.
- e) En el caso que se regule elementos constitutivos del tributo, como por ejemplo, sujetos del tributo, exoneraciones, órgano de recaudación.

d) **Límites a la Ley Regional**

Las leyes regionales tienen límites, estos están dados por su naturaleza jurídica, competencia y las leyes.

En primer lugar, el legislador regional está limitado por los principios recogidos en la Constitución. La Constitución limita toda la actividad estatal de allí que las leyes regionales deben respetar los derechos y libertades de los ciudadanos así como los demás principios consagrados en la Carta Política.

En segundo lugar, el territorio como uno de los criterios para delimitar su competencia. El territorio es el ámbito espacial para el ejercicio de sus competencias legislativas originarias y delegadas. Al respecto Alberto Arce sostiene para el sistema jurídico español:

"En el nivel de las competencias autonómicas, el principio de territorialidad se presenta como concreción espacial del principio de competencia, del funcionamiento de éste como control de validez de las normaciones autonómicas. El principio de territorialidad es, en consecuencia, una adjetivación del principio de competencia, un parámetro de validez."(92)

(92) ARCE, Alberto, p. 186.

Las Asambleas Regionales no deben regular aspectos que no tengan vinculación con su territorio.

Es importante señalar que este criterio sirve para justificar las competencias regionales, "pero no puede emplearse para excluir las decisiones estatales"(93). El Estado peruano es unitario, este principio de unidad de un lado "acarrea la preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses particulares de las regiones"(94); del otro "es un límite en cuanto se impone al poder regional impidiendo cualquier manifestación del mismo que pueda desconocerlo"(95). Este tercer límite está recogido en el Artículo 79° y 266° de la Constitución.

En cuarto lugar está el límite dado por las leyes del Estado, en las materias delegadas el principio es que la ley regional se subordina a la legislación nacional. Aquí deben incluirse además los límites señalados en la ley autoritativa. Pizzorusso sostiene que aún en las materias en las que la competencia legislativa de las leyes regionales es exclusiva estas deben "respetar los principios generales del

(93) MUÑOZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 194.

(94) LANDA ARROYO, C.; op. cit.; p. 206.

(95) MUÑOZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 183.

ordenamiento jurídico del Estado"(96). en este sentido, el límite está dado por la Constitución cuando prohíbe la delegación de las "materias que alteran el ordenamiento jurídico del Estado".

Es claro que la autonomía regional tiene en el sistema peruano sendos límites y que las competencias de las Asambleas son integrativas. En todo caso si mediante leyes orgánicas posteriormente se hace un reparto de competencias se tratarían de competencias concurrentes por cuanto la Constitución no ha limitado la atribución legislativa del Congreso en relación a las competencias legislativas de los Gobiernos Regionales(97). En este supuesto se aplicará siempre el principio alemán "*Bundesrecht bricht Landesrecht*" que se traduce en la prevalencia del derecho nacional.

Finalmente, existen límites materiales para las leyes regionales. A ellas nos hemos referido al determinar la competencia legislativa de esta norma. En principio, no pueden regular las materias enumeradas en el Artículo 58° de la Ley de Bases de la Regionalización. No deben contener disposiciones que alteren el carácter unitario de la República, el

(96) PIZZORUSSO, A.; op. cit.; p. 159, t2.

(97) Salvo las materias que se han señalado de competencia exclusiva.

ordenamiento jurídico del Estado o materias que sean opuestas al interés nacional o al de otras regiones.

Para algunos autores esta prohibición no excluye la posibilidad que exista legislación de los gobiernos regionales en tanto se den en una relación de colaboración y coordinación con el Gobierno Central. La Constitución peruana pareciera excluir estos supuestos al prever su indelegabilidad. Las materias cuya competencia legislativa no es originaria ni delegada, no pueden ser reguladas por ley regional.

El Artículo 57° de la Ley de Bases contiene también limitaciones: la ley regional no puede derogar ni modificar normas sin una autorización expresa y precisa que contenga las normas legales.

En materia tributaria las limitaciones circunscriben la competencia legislativa a un tipo de regulación vinculada con los elementos formales del tributo. En efecto, la ley autoritativa como hemos visto determina los sujetos del tributo y los que queden exonerados de él, las tasas, el órgano de recaudación y demás elementos constitutivos del tributo, así como la vigencia de la norma. Las Asambleas pueden regular lo relativo al pago, declaración jurada si la hubiera, etc.

Las Asambleas Regionales no pueden crear tributos a la importación, exportación o tránsito de productos o mercaderías.

Los impuestos regionales no son paralelos a los nacionales sino diversos. La materia imponible no puede ser objeto de imposición regional cuando está gravada por ley nacional.

No pueden regular tarifas arancelarias ya que se trata de una materia reservada al Poder Ejecutivo.

e) **Impugnación y Resolución de Conflictos**

Contra las leyes regionales que infrinjan la Constitución por el fondo o por la forma procede acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de garantías Constitucionales. El procedimiento es el mismo para todas las normas con rango de ley. Sin embargo, el Tribunal deberá tener en consideración los principios ordenadores de coordinación horizontal además de los de jerarquía.

El Artículo 71° de la Ley de Bases de la Regionalización dispone que los conflictos que se presenten entre un Gobierno Regional y un Gobierno

Local, entre Gobiernos Regionales y entre un Gobierno Regional y el Gobierno Central son resueltos por la Corte Suprema. El proceso, añade, se tramitará en primera instancia ante la Segunda Sala Civil y en segunda instancia ante la Primera Sala Civil.

Esta disposición en nuestro concepto debe ser sometida a una modificación. En primer lugar, ¿por qué se le asigna a la Corte Suprema la resolución de un conflicto de competencia? Consideramos que el Tribunal de Garantías Constitucionales debe tener a su cargo la resolución de estos conflictos que comportan en última instancia la interpretación de la Constitución de las Normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Creemos que la ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales debe modificarse ampliándose las atribuciones de este órgano llamado a velar por el cumplimiento de la Constitución, debe resolver los conflictos que se presenten entre los poderes del Estado, niveles de gobierno y entes autónomos.

Una segunda inquietud frente a la norma que venimos comentando es la ausencia de un procedimiento para solucionar este supuesto de conflicto de competencias. En efecto ni la Ley de Bases de la Regionalización ni la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial contienen disposiciones que regulen este

procedimiento especial. Cabe preguntarnos ¿cuál es la acción? ¿quiénes son los titulares? ¿cuál es el plazo para plantear la acción? Son preguntas que el Congreso debe resolver.

Los magistrados tendrán que aplicar el Artículo 233° inciso 6) que señala como garantía de la administración de justicia no dejar de administrarla por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicarse los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Y es que no existe un reparto de competencias claro entre los Gobiernos Regionales, Locales y el Gobierno Central, asunto que debe abordar el Congreso.

3.3.2 Ordenanzas Municipales

Las Municipalidades, de acuerdo a la Constitución, son los órganos del gobierno local, que emanan de la voluntad popular. Son personas jurídicas de derecho público con autonomía económica y administrativa en asuntos de su competencia. Dentro de la estructura del Estado peruano configuran un tercer nivel de gobierno, donde se regulan y organizan asuntos de interés local. Son órganos del Gobierno Local el Concejo Municipal, el

Alcalde. Los Alcaldes y Regidores son elegidos en sufragio directo por los vecinos de la jurisdicción.

Los Artículos 254° y 255° de la Constitución señalan la competencia de los Municipios. Dos problemas se presentan en estas disposiciones; en primer lugar, omite señalar que tipo de competencias se trata. En segundo lugar, tanto la Carta Política como la Ley Orgánica de Municipalidades, señalan que las Municipalidades tienen autonomía administrativa y económica en los asuntos de su competencia. Los autores Alfredo Quispe Correa, Marcial Rubio y Enrique Bernalles han criticado el hecho que no se delimiten el nivel de los Gobiernos Locales a las Municipalidades Provinciales a fin de no crear mayor confusión en el ya desordenado reparto de competencias. Y es que al concebir sub-niveles de gobierno local, todos ellos con autonomía económica y administrativa, con cierta competencia legislativa se pueden crear situaciones absurdas e inconvenientes y se yuxtaponen competencias. En este sentido coincidimos con Alfredo Quispe Correa cuando afirma que:

"...debemos replantearnos totalmente la institución municipal, aprovechando la regionalización, situando al Estado en la cúspide de la sociedad política, la región como institución intermedia, y, el municipio provincial, como ente de administración a ese nivel, más abajo de la Provincial, el sistema sólo debe

concebir simples Agencias
Municipales..."(98)

La Constitución si bien no señala claramente las competencias legislativas de los gobiernos locales, prevee que dicten normas con rango de ley a las que denomina Ordenanzas Municipales. De allí que Lourdes Flores Nano haya sostenido que los Municipios tienen autonomía ejecutiva y normativa(99). El límite lo señala el Artículo 3° de la Ley Orgánica de Municipalidades: "No pueden ejercer las funciones de orden político que la Constitución y las leyes reservan para otros órganos del Estado; ni asumir representación distinta de la que le corresponde a la administración de las actividades locales".

La Constitución ha incorporado un instrumento legislativo con rango de ley proveniente de los Gobiernos Locales. En efecto, es el Artículo 298° inciso 1) el que incluye a las Ordenanzas Municipales entre las normas cuya inconstitucionalidad puede solicitarse ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. La Constitución ha previsto una capacidad normativa de los Municipios.

(98) QUISPE CORREA, A.; "Régimen Municipal; En: Derecho N° 35, p. 187.

(99) El Comercio, Abril 1988.

Al igual que en el caso de los Gobiernos Regionales, el desarrollo de las instituciones de los Gobiernos Locales, su precisión se hace mediante leyes que conforman el Bloque de Constitucionalidad en esta materia. Forma parte de éste, la Ley Orgánica de Municipalidades.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, el Concejo Municipal es el órgano que ejerce las funciones normativas y fiscalizadoras. Aprueba ordenanzas, edictos y acuerdos. De ellos sólo las primeras tienen rango de ley por disposición del Artículo 298° inciso 1) de la Constitución.

Las Ordenanzas "son normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada".

No son materia de ordenanzas los tributos municipales y reglamento de organización interior ya que estos se aprueban en edictos -normas generales que dicta el Concejo Municipal-. Los acuerdos son decisiones específicas sobre cualquier asunto de interés público, vecinal o institucional que expresan

la voluntad de la Municipalidad. Los Alcaldes dictan decretos de alcaldía que establecen normas de ejecución de ordenanzas, sancionan los precedimientos necesarios a la administración municipal o resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

Con alguna frecuencia viene ocurriendo que las materias que deben regularse mediante ordenanzas están contenidas en decretos de alcaldía o edictos.

La Ley Orgánica de Municipalidades ha desarrollado las competencias de los Gobiernos Locales. Allí se establecen qué funciones puede ejercer sobre las materias que los artículos constitucionales les asignan competencia. En muchos casos se trata de competencias compartidas con otros órganos estatales.

En lo relativo a las competencias legislativas, estas no están determinadas en forma expresa como lo hacen otras Constituciones y que hubiera sido recomendable: "Los Concejos Municipales son competentes para dictar Ordenanzas Municipales en las siguientes materias..." De la Constitución sin embargo podemos concluir que las Municipios son competentes para:

- Acordar su régimen de organización interior.

- Regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito.
- Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.
- Planificar el desarrollo y sus circunscripciones y ejecutar los planes correspondientes.
- Otras atribuciones inherentes a su función lo que supone funciones legislativas.

Las Municipalidades Provinciales tienen a su cargo:

- Los servicios públicos locales.
- Zonificación y urbanismo.
- Cooperación con la Educación Primaria.
- Cultura, recreación y deportes.
- Turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, en coordinación con el órgano regional.
Cementerios.
- Los demás servicios cuya ejecución no está reservada a otros órganos públicos y que tienden a satisfacer sus necesidades colectivas.

La competencia de todo Municipio para acordar su régimen de organización interior, votar su presupuesto y administrar sus bienes y rentas constituye una

consecuencia de su autonomía económica y administrativa. Las competencias legislativas le dan mayor autonomía, pues excede la descentralización administrativa.

En principio, no hay nada que impida a los Gobiernos Locales a dictar ordenanzas sobre estas materias. Sin embargo, la Ley Orgánica de Municipalidades, en sus Artículos 65° al 69° determinan sobre qué áreas de estas materias pueden dictarse Ordenanzas Municipales. Es decir, que las competencias han sido precisadas y en algunos casos reducidas mediante esta ley. La Constitución no especificó si en materia de transporte colectivo o zonificación, por ejemplo, la competencia es ejecutiva o normativa, si es exclusiva del Gobierno Local o si la comparte con el Gobierno Central. Dejó estas concretizaciones para una ley posterior, hecho que ocurrió con la Ley Orgánica de Municipalidades.

Allí se desarrollan las competencias que pueden ejercer los Gobiernos Locales. En algunos casos se trata de competencias exclusivas como por ejemplo la regulación del comercio ambulatorio. En otras de competencia compartida, con otros órganos del Estado, por ejemplo, comparte con el Poder Ejecutivo lo relativo al transporte colectivo ya que la ley le da

competencia sólo sobre algunos aspectos. Entendemos que una competencia normativa exclusiva excluye la posibilidad que, el Gobierno Central mediante decreto supremo regule esa materia.

Lo relativo a la cultura, recreación y deportes debe entenderse como una competencia concurrente con el Gobierno Central. Es lógico pensar que el Congreso pueda regular esos temas.

Tienen derecho de iniciativa en la formación de las Ordenanzas los Regidores del Concejo y el Alcalde. Consideramos que la ley debió darle este derecho a los vecinos dentro de la línea prevista en el Artículo 256° de la Constitución que promueve la participación de los vecinos.

Las Ordenanzas se aprueban por acuerdo con el voto conforme de más de la mitad de los miembros asistentes. Las Ordenanzas Municipales son promulgadas por el Alcalde. Se publican en el Diario Oficial "El Peruano", si las normas son expedidas por Municipalidades de la Provincia de Lima del Departamento de Lima. Serán publicadas en el diario encargado de las publicaciones judiciales del lugar, si son expedidas por la municipalidad de la capital de un distrito judicial. La publicación será mediante Bandas Públicas y carteles

impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, en todas las demás circunscripciones que no sean capital de Distrito Judicial.

La Ley Orgánica de Municipalidades recoge el principio contenido en el Artículo 87° de la Constitución "sin el requisito de la publicidad las normas no son obligatorias". En principio, las normas municipales rigen a partir del décimo día calendario siguiente al de su publicación. Salvo los casos de calamidad o fuerza mayor debidamente justificada.

Las Ordenanzas Municipales pueden establecer las ^{san} sanciones de multa, decomiso y clausura por infracción de sus disposiciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Las normas con rango de ley según hemos visto tienen fuerza de ley, pero esta fuerza se da en diversos grados. Las ordenanzas tienen pues límites. Estos están dados, en primer lugar, por el lugar que ocupan en la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, se someten al igual que las leyes a los principios que la Constitución consagra. Es decir, que no pueden contradecirlos. En segundo lugar, tienen límites provenientes de la competencia material y territorial. Los Municipios Provinciales tienen

competencia sobre un territorio mayor y sobre mayor cantidad de materias. Los Municipios Distritales deben acatar las normas de los Concejos Provinciales.

Sobre materias de su competencia exclusiva, las ordenanzas pueden modificar leyes. En materias de competencia concurrente con el Gobierno Central, entendemos que debe aplicarse el principio de unidad y subordinación a la ley nacional. Sin embargo, una ordenanza puede ocupar en estas materias diversos aspectos en ausencia de la ley.

Contra las Ordenanzas Municipales procede Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales luego de agotar la vía administrativa.

Se agota la vía administrativa con la resolución que expida el Concejo Provincial, cuando los miembros del Concejo Distrital apelan dentro de los tres días hábiles más el término de la distancia, posteriores a la fecha de aprobación de la norma.

En el caso que la ordenanza sea expedida por el Concejo Provincial, se agota la vía administrativa con la Resolución que expida el Gobierno Regional resolviendo la apelación. En caso de no existir Gobierno Regional, la vía administrativa se agota con

la resolución del recurso de reconsideración que interpongan los Concejos Provinciales.

Respecto a este procedimiento debemos comentar que se trata de un control entre niveles de Gobierno. Sin embargo, creemos que no hay razón para que previamente a la impugnación de una ordenanza deba agotar la vía administrativa. Se trata de una norma con rango de ley. Resulta incoherente someterlo a la revisión de un nivel de gobierno que expide normas de igual jerarquía.

De otro lado, pueden agotar la vía administrativa los miembros del Concejo Distrial y no los vecinos, los mismos que no tienen un canal para hacerlo. En el caso de Lima, en tanto no se constituya Gobierno Regional, las ordenanzas que expida el Concejo Provincial puede impugnarse mediante un recurso de reconsideración, recurso que puede plantear un particular, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

Este procedimiento debe revisarse pues no vemos la necesidad de agotar la vía administrativa. El particular siempre tendrá expedito el camino para interponer una acción de amparo si una ordenanza amenaza o viola el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución.

En caso de conflicto de competencias la Ley Orgánica de Municipalidades señala las siguientes reglas:

- a) Los conflictos internos de las Municipalidades Distritales y los que surjan entre ellas y otras Municipalidades o autoridades de un mismo Distrito se dirimen por el Juez de Primera Instancia de la respectiva Provincia y en caso de apelación por la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente.
- b) Los conflictos internos de las Municipalidades Provinciales y los que surjan entre ellas y otras Municipalidades o autoridades de la misma u otra Provincia son dirimidos en primera instancia por la Corte Superior del Respectivo Distrito Judicial. Procede el recurso de nulidad.
- c) Los conflictos internos de la Municipalidad de la capital de la República y los que surjan entre ella y las demás autoridades son dirimidos por la Corte Suprema de Justicia en instancia única.

Al respecto debemos señalar que no existe un procedimiento y una acción para la resolución de los conflictos de competencia si bien se ha señalado el juez competente.

Creemos que es el Tribunal de Garantías Constitucionales el órgano idóneo para resolver estos conflictos entre los distintos niveles de Gobierno.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS ORDENADORES DEL SISTEMA LEGISLATIVO

4.1 PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Todas las normas en el ordenamiento jurídico se encuentran subordinadas a la Constitución por el principio de supremacía constitucional. La Constitución consagra este principio en los artículos 87°, 236°, 295° y 298°. La norma constitucional prima sobre toda otra norma legislativa.

De la misma manera como se consagró el principio de jerarquía colocando a las leyes por encima de los reglamentos, en los países democráticos años más tarde, es el principio de supremacía constitucional o de constitucionalidad el que pone a las normas legislativas con rango de ley frente a las constitucionales en la misma relación que los reglamentos frente a las leyes.

Por el principio de constitucionalidad o supremacía constitucional, el legislador queda prohibido de emanar disposiciones que contradigan las normas constitucionales. De manera tal que todas las normas producidas en el Estado por el Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales se subordinan a la Constitución en la forma de producción y en el contenido que tengan.

César Landa lo plantea de la siguiente manera:

"Cabe señalar que no obstante la nueva organización del Estado descentralizado, que creará una pluralidad de ordenamientos jurídicos, el valor supremo de la Constitución seguirá siendo el pilar del ordenamiento jurídico nacional, regional y local."⁽¹⁾

4.2 PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Por el principio de jerarquía, las leyes se encuentran en una relación de supra-ordinación respecto de las normas de nivel inferior. Este principio es correlativo al de constitucionalidad o de supremacía constitucional.

(1) LANDA, C.; op. cit.; p. 210.

Ese criterio según Pizzorusso sirve para distinguir a las fuentes del derecho a partir de la eficacia, eficacia que "... viene dada por la previsión en el ordenamiento mismo de una diversidad de 'grados' entre las normas que determina una 'escala jerárquica' de las mismas"(2), a la que ya hemos hecho referencia. El autor no distingue entre la supremacía constitucional o el de legalidad sino que engloba todo en el criterio de 'jerarquía' el que primero establece la relación entre ley y reglamento, relación que comporta respecto del titular de un poder normativo del segundo tipo de fuentes la obligación de no emanar disposiciones que contradigan a las del primer tipo "so pena de declarar la invalidez de aquéllas". Esto es lo que nosotros llamaremos principio de legalidad consagrado por nuestra constitución en los artículos 87° y 236°.

Se coloca en la estructura piramidal del ordenamiento jurídico a las leyes por encima de los decretos y resoluciones que expida el Poder Ejecutivo u organismos pertenecientes a este sector.

Dentro de los ordenamientos jurídicos unitarios este principio resuelve los conflictos de normas. En un

(2) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., p. 157.

sistema plurilegislativo si bien no puede excluirse, su aplicación es limitada.

Este principio tiene especial importancia en la selección de la norma aplicable a un caso concreto y en el control de validez de las normas mismas. En este sentido, se aplicará la norma superior inaplicando la de grado inferior que la contradice, en virtud al principio de preferencia de la fuente supra ordenada.⁽³⁾

Sólo en el caso que las normas de nivel inferior puedan ser integradas o resulten interpretando las supra-ordenadas serán de aplicación al caso concreto.

Al contrastar las normas se verificará la adecuación de la de grado inferior a la de mayor jerarquía verificando así la vigencia del principio de preferencia de la fuente supra-ordenada. Si resultara de esta comparación alguna contradicción, quedan expeditos los recursos de ley para declarar su invalidez o pedir su inaplicación.

(3) Salvo que el caso deba ser resuelto de acuerdo al criterio de competencia.

Entre normas dotadas de igual eficacia, se determinará la norma aplicable a través de criterios distintos al de jerarquía.

Es claro sin embargo, que los decretos legislativos y leyes regionales en materias delegadas deben adecuarse a los principios establecidos en la ley de delegación aún cuando compartan el mismo grado jerárquico.

Y es que como señala Enrique Alvarez Conde (4) el principio de jerarquía debe limitarse como criterio exclusivo para explicar las relaciones entre la ley y el Reglamento. El principio de jerarquía será el que ordena las normas en los ordenamientos jurídicos regionales y concurrirá con el de incompetencia a determinar la norma aplicable al caso concreto.

4.3 PRINCIPIO DE COMPETENCIA

Competencia, nos dice el Dr. Quiroga Lavie, es la atribución de autoridad en favor de un órgano público a

(4) ALVAREZ CONDE, Enrique; "El Régimen Político Español"; Tecnos S.A., 1983, p. 185.

fin de que éste pueda crear normas jurídicas. Se da en los siguientes niveles:

- a.) Personal.- Determina quién puede realizar el acto.
- b.) Material.- Determina qué tipo de acto puede realizar.
- c.) Temporal.- Determina el plazo de validez.
- d.) Territorial.- Determina dónde tendrá eficacia el acto.
- e.) Procesal.- Determina la forma con que se realizará el acto.(5)

Para el Dr. Marial Rubio,

"... el principio supra-ordinador de competencia no es sino una derivación del principio de legalidad (o dado el caso de constitucionalidad), en la medida que es por obediencia a la norma con rango de ley o a la Constitución, que debe respetarse las competencias por ellas asignadas"(6).

Este principio determina que una norma es la definirá qué órgano tiene atribuciones para regular a través de una disposición una materia determinada. Esta disposición será válida o eficaz por ser dictada por el órgano competente.

(5) QUIROGA LAVIE, H.; "Derecho Constitucional", p. 89.

(6) RUBIO, H.; "El Sistema Jurídico", p. 154.

"El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas"(7).

Pizzorusso sostiene que los distintos criterios de competencia se aplican para distribuir la potestad normativa entre una diversidad de sujetos y para determinar asimismo, al sujeto competente para emanar un cierto tipo de actos normativos.

Los criterios más importantes son:

- 1.) El criterio territorial que "opera... por relación a todas las fuentes que emanan de entes autónomos o autoridades locales distintas del Estado y cuyos poderes tengan, por lo tanto, un ámbito territorial delimitado"(8). El territorio actúa como criterio de delimitación de la competencia del sujeto que emana la disposición normativa y como criterio para fijar la eficacia. La vigencia se limita al ámbito sobre el que se extiende la competencia del ente u órgano.

"El territorio puede ser considerado bajo un doble aspecto: como objeto de un

(7) KELSEN, H.; op. cit.; pp. 201 y ss.

(8) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., pp. 173 y ss.

derecho por parte de la región y como instauradas de los límites positivos y negativos, de la competencia regional (...). En el ámbito de su circunscripción la misma región tiene la potestad de proveer acerca de las personas, cosas o hechos que se refieren a la materia de su competencias. Correlativamente, la región debe estar obligada a no llevar a cabo actos que lesionen el derecho de otras regiones sobre el territorio, ni de dar normas o adoptar providencias que invaden las esferas de su competencia territorial".(9)

- 2.) El criterio material "recibe aplicaciones más frecuentes para la distribución de competencias normativas desde la división de competencias legislativas entre el Estado y las regiones hasta la regulación de la delegación legislativa al Gobierno..."(10). Para la asignación de competencias a los distintos órganos existen distintas técnicas, la más común es la enumeración de materias atribuidas a un órgano o la doble enumeración para órganos distintos. El criterio material opera por lo común sólo para la delimitación de los poderes del sujeto u órgano, no funcionando usualmente para definir el ámbito de aplicabilidad ni para fijar su eficacia. Es decir que se trata de normas de eficacia general.

(9) FERRANDO BADIA, J.; "Estado Unitario Federal y Regional"; p. 56.

(10) PIZZORUSSO, A.; Op. cit., p. 174 y ss.

En el sistema jurídico hay diversas competencias normativas que se han asignado al Banco Central de Reserva, sin embargo en muchas ocasiones el Poder Ejecutivo ha regulado aspectos propios de la competencia de dicho Banco, violando así el principio de competencia que es consecuencia del principio de constitucionalidad.

- 3.) El criterio del tipo de regulación afecta a los casos en que respecto a una misma materia, se capacita a un cierto sujeto a establecer los principios generales y a otro para determinar las disposiciones que habrán de desarrollarlo.

Este criterio tiene aplicación en el ámbito de regulaciones hechas por la ley y el reglamento, o en el caso de delegaciones del Poder Legislativo a gobiernos regionales o al Poder Ejecutivo, a través de las leyes marco.

Las reglas de competencia tienen dos efectos. El primero es un efecto provocador, se da en las normas atributivas de competencia, habilitan; tienen un carácter positivo. El segundo es un efecto preventivo en tanto limitan negativamente el ámbito material posible.

César Landa atendiendo a la nueva estructura del ordenamiento jurídico nacional sostiene que "la articulación de los subsistemas jurídicos regionales dentro de un ordenamiento jurídico nacional supone la posibilidad de entender la existencia simultánea de aquél con la creación de ordenamientos jurídicos regionales"(11). En estos ordenamientos jurídicos todas las relaciones no estarán definidas por el principio de jerarquía. Los conflictos que se presenten entre las normas con fuerza de ley no pueden resolverse de acuerdo al principio de jerarquía. Las leyes parlamentarias, las leyes regionales, ordenanzas municipales y decretos legislativos se encuentran en una posición equidistante de la Constitución.

Para resolver los conflictos que se presentan entre ellos es fundamentalmente aplicar el criterio de competencia, analizar el contenido de las normas luego de haber determinado la competencia del órgano que dictó la norma.

Alberto Arce expresa la aplicación del principio de competencia para el Sistema Español:

"La incorporación del principio de competencia como técnica de relaciones normativas implica la existencia de un

(11) LANDA ARROYO, César; op. cit.; p. 205.

presupuesto de validez previo a la solución de los conflictos de leyes internos, en la medida en que «depura» a los Ordenamientos autonómicos y los deja en condiciones de ser aplicados. Si el principio de competencia supone la delimitación de ámbitos materiales separados, de modo que las normas de las Comunidades Autónomas que los excede pueden ser anuladas, para que las leyes autonómicas puedan ser finalmente aplicadas tienen que satisfacer el presupuesto de competencia(...).

(...)Esto así, las colisiones normativas en el sistema autonómico pueden presentarse bajo dos aspectos: de validez y de aplicabilidad. Sólo si se resuelve positivamente el primero podrá plantearse el segundo. Esta conceptualización permite concretar la proyección del principio de competencia como parámetro de validez sobre el ámbito material de aplicación de las normaciones autonómicas."(12)

Para determinar la validez de la norma, es decir, establecer si actuó en el ejercicio de sus funciones es recomendable que las reglas de distribución competencial sean buenas y claras. Se tratará de restringir el campo de la interpretación pues las competencias normativas no deben estar determinadas a través de la interpretación de la ley.

Siguiendo a Juan Ferrando Badía(13), existen dos especies fundamentales de reparto de competencias entre el Estado y la Región:

-
- (12) ARCE JANARIZ, A.; "Comunidades Autónomas y Conflictos de leyes"; pp. 185 y 186.
 (13) FERRANDO BADIÁ, J.; op. cit.; p. 188.

- a) Reparto horizontal de competencias o atribución de las materias legislativas entre los órganos legislativos estatales y regionales.
- b) Reparto vertical de competencias o concurrencia de órganos legislativos en la regulación de una materia.

De acuerdo a estos criterios se puede distinguir tres especies de competencia regional:

- 1.- Competencia exclusiva o plena "cuando sobre una determinada materia, la competencia legislativa regional es plena como la estatal, de tal manera que la región pueda modificar o derogar las leyes que el Estado haya emanando sobre esa materia, ya reglamentar ex novo las mismas materias"(14). Pizzorusso señala que en este caso la única obligación es "atenerse a un conjunto de límites de orden constitucional".(15)
- 2.- Competencia complementaria "limitada por el hecho de que corresponde al Estado establecer la simétrica competencia de principios, es decir, la competencia de fijar los principios materiales

(14) VIRGA, P.; "Diritto Costituzionale"; p. 149. Citado por Ferrando Badia, J.; op. cit.; p. 189.

(15) PIZZORUSSO, A.; op. cit.; t.2, p. 293.

fundamentales, que deberán informar la legislación regional sobre la materia"(16). En estas cosas será factible la utilización de leyes marco o de bases a fin que, el Gobierno Central fije estos principios básicos. Se trata pues de una competencia delimitada por el tipo de regulación.

- 3.- Competencia integrativa "de acuerdo con la cual la región podrá completar y especificar la normativa que haya sido ya adoptada por el Estado". Virga(17) sostiene que la región no puede abrogar o derogar las normas estatales sobre la misma materia, puede legislar con normas integrativas y de actuación.

La competencia de un órgano es exclusiva en un primer sentido. Cuando el órgano competente ejerce todas las funciones sobre la materia asignada. En este caso exclusividad equivale a monopolio.

"Uno de los criterios de reparto que las Constituciones emplean es atribuir una materia entera a una instancia de poder excluyendo a la otra. En tal caso suelen afirmar que la competencia es exclusiva sobre la materia en el sentido de que sobre ella existe una plena

(16) VIRGA, P.; "La regione"; Citad por Ferrando Badía, J.; op. cit.; p. 189.
 (17) IOC. CIT.

disponibilidad por parte de la instancia competente."(18)

El mismo autor señala que la exclusividad de la competencia no excluye que "el titular de la misma disponga de la cesión parcial de su ejercicio"(19). Es decir que puede delegarla, creemos que esto es posible en tanto la Constitución prevea la delegación. Este hecho no altera el carácter exclusivo de la competencia sino que lo supone como punto de partida. La indelegabilidad de una materia depende de su prohibición o de la reserva de ley que haga la Constitución o una ley orgánica. Se dice que existe una competencia exclusiva sobre una función cuando el órgano ejerce la función aludida en forma exclusiva.

La competencia es compartida cuando dos o más órganos ejercen diversas funciones sobre la misma materia. Hay competencia concurrente cuando sobre una materia los órganos ejercen la misma función, es decir que lo que se comparte no es la materia sino la función. La concurrencia es total cuando existen competencias paralelas y yuxtapuestas. La concurrencia es parcial cuando la legislación básica se encarga a un órgano y la que la desarrolla se encarga a otro.

(18) MURDOZ MACHADO, S.; op. cit.; t.1, p. 324.

(19) Ibid.; p. 358.

En el caso de las competencias concurrentes en forma total, sería necesario establecer criterios para resolver los conflictos que se presenten. Será de utilidad el principio de jerarquía así como las que regulan los conflictos entre normas de igual rango.

En el caso de competencias legislativas exclusivas, la norma que regula una materia de competencia exclusiva de otro tipo de norma devendrá en inconstitucional por entrar en la esfera reservada a otro instrumento legislativo.

Finalmente, en la resolución de conflictos entre el Gobierno Central y el Gobierno Regional deberán revisarse los Artículos 57° y 58° de la Ley de Bases para determinar si el Gobierno Regional actuó en su esfera competencial.

Deberá tenerse presente que el Gobierno Central es competente para todas las materias salvo las de organización interior, presupuesto, plan regional y cuenta regional. En caso de llegar a materias cuya competencia no haya sido definida por la Constitución o sobre la cual exista duda, es el Gobierno Central el competente a regularla. Este es el concepto de la cláusula residual, que en nuestro ordenamiento jurídico

constitucional se resuelve en favor del Gobierno Central.

En conclusión, podemos afirmar que el Principio de Competencia ha pasado a ser la regla dominante del principio de jerarquía en aquel preciso campo de las relaciones entre normas estatales y autonómicas. Lo que no anula ni excluye el principio de jerarquía, sin embargo debe aplicarse combinando con el de competencia.(20)

4.4 PRINCIPIO DE PREVALENCIA

La Constitución española en el Artículo 149.3º consagra el principio o cláusula de prevalectencia "en virtud del cual y de modo análogo(...) a como sucede con el Sistema Norteamericano de la supremayclause y con el principio alemán del Bundesrecht $\text{\textcircled{B}}$ richt Landesrecht, se establece la prevalectencia del Decreto estatal en caso de conflicto sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas".(21)

(20) MURDZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 387, t.1.

(21) ALVAREZ CONDE, E.; op. cit.; p. 447.

El principio está recogido en la Ley Fundamental Alemana, Artículo 31°.

En el sistema peruano sobre la legislación delegada a las regiones prevalece la legislación nacional, por disposición del Artículo 266° de la Constitución.

En las materias propias de los Gobiernos Locales y Regionales la legislación nacional tendrá carácter supletorio. Aún cuando ninguna norma lo diga creemos que es la solución coherente y recogida por otros ordenamientos jurídicos.

4.5 PRINCIPIO DE UNIDAD

César Landa plantea la necesidad de desarrollar "principios y reglas de carácter general conducentes a superar las eventuales contradicciones internas del nuevo ordenamiento jurídico plural peruano".(22)

(22) LANDA ARROYO, César; op. cit.; p. 205.

En este principio sugiere la aplicación del principio de unidad del Gobierno Nacional y de la autonomía de las regiones.

"Este principio supone el reconocimiento de potestades legislativas al gobierno regional(...) el ejercicio legislativo delegado e inclusive originario del Gobierno Regional no puede alterar el carácter unitario del Gobierno Nacional... de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 266° de la Constitución... el principio de unidad acarrea la preeminencia de los intereses generales del Estado por sobre los intereses particulares de las regiones."(23)

El principio de unidad para Santiago Muñoz Machado es "un límite en cuanto que se impone al poder regional impidiendo cualquier manifestación del mismo que pueda desconocerlo"(24). Añade que este principio conecta con la idea del interés general que sirve de criterio para distribuir las competencias entre el Estado y otros niveles de gobierno, el Estado retendrá las competencias que afectan el interés general. Es decir, que el del principio de unidad alude a los intereses unitarios del Estado que son los intereses generales.

(23) Ibid.; p. 204.

(24) MUÑOZ MACHADO, S.; op. cit.; p. 183.

Este principio así como el de prevalectencia de la ley nacional inclinan la balanza en favor del gobierno central cuyo Poder Legislativo tiene la atribución de dar leyes e interpretar, modificar o derogar las existentes. Sin embargo, no puede desconocerse un hecho la vocación descentralista de la Constitución peruana, vocación que puede ejecutar en el proceso de regionalización y reconocimiento de las competencias de los gobiernos locales.

Este criterio incide únicamente en la delimitación de las competencias del sujeto sin hacerlo sobre su eficacia.

Pizzorusso sostiene que el sujeto competente no puede renunciar a su competencia ni transferirla sin que se prevea expresamente en la ley.

4.6 OTROS PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS CONFLICTOS DENTRO DE UN MISMO GRADO JERARQUICO

Hemos visto que existen diversos instrumentos legislativos que pueden participar de la misma eficacia, las relaciones entre ellas se determinarán

por criterios distintos al de jerarquía, para lo cual se han desarrollado principios o criterios ordenadores para definir la concurrencia de normas contrapuestas de igual jerarquía. Nos referiremos a los criterios que rigen los conflictos internos de las normas con rango de ley.

El primer principio que se deberá aplicar es el de competencia. Una vez determinadas las normas competentes para la regulación de un caso concreto se tomarán en consideración los siguientes:

El criterio temporal determina el principio general por el cual una disposición anterior es derogada por la posterior, en tanto disponga un mandato contradictorio o alternativo, por constituir una manifestación de voluntad más reciente. Este principio es escogido por la legislación peruana en el Artículo Primero del Título Preliminar del Código Civil.

El criterio de especialidad determina que entre dos disposiciones aplicables a un caso concreto, la disposición especial prima sobre la general. Deriva este criterio del principio de igualdad según el cual se regula en un mismo sentido los casos análogos, pero aquellos que presentan situaciones específicas requieren reglas específicas. Finalmente, el principio

de la irretroactividad de las normas con las excepciones contempladas en el Artículo 187° de la Constitución; respecto a las normas que regulan aspectos penales, laborales y tributarios, cuando la ley posterior es más favorable al reo, trabajador o contribuyente. Respecto a las normas tributarias se ha interpretado que "cuando la norma constitucional establece la retroactividad benigna, se está refiriendo al campo estricto de las sanciones".(25)

(25) ZOLEZZI, Armando; "Constitución y Tributación"; p. 195.

CONCLUSIONES

1. La Constitución peruana de 1979 consagra los principios de separación de poderes, Estado social y democrático de Derecho, forma republicana de Gobierno y Estado unitario y descentralizado. El modelo puede definirse a partir de estos principios. La democracia como sistema político, la forma republicana como tipo de gobierno, el Estado unitario y descentralizado como forma de ejercicio del poder más que como forma jurídica del Estado. Los principios de Estado social y democrático de Derecho implican el sometimiento de gobernantes y gobernados a la ley cuyo contenido debe aspirar a la justicia social. En este modelo se busca garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos y evitar el ejercicio abusivo del poder.
2. La forma jurídica del Estado peruano se ubica entre un Estado descentralizado administrativamente y un Estado Regional. El proceso de regionalización definirá el modelo. En

principio se trata de un Estado con niveles de Gobierno cuyas competencias no están claramente definidas. Consideramos que debe hacerse este reparto competencial. Puede hacerse a través de una modificación de la Constitución o a través de leyes orgánicas.

3. La Constitución ha configurado un Poder Ejecutivo fuerte. En los Gobiernos de 1980-85 y 1985-90 se ha observado un claro predominio del Poder Ejecutivo inclusive mayor al previsto en la Carta Política. Durante estos gobiernos la función de control que debe ejercer el Congreso no ha sido eficiente. Esta función fiscalizadora es fundamental dentro del sistema político y no debe ser descuidada.
4. La Constitución no ha sido clara al regular la función legislativa. Como consecuencia se observa una deficiente técnica legislativa.

A la confusión existente con relación a las competencias legislativas de los diversos órganos; hay que añadir la incorporación de instituciones modernas mediante una regulación incompleta.

Las imprecisiones en la regulación de las leyes orgánicas, delegación de facultades legislativas

al Poder Ejecutivo y la dación de medidas extraordinarias en materia económica y financiera han permitido el uso inadecuado de estos instrumentos legislativos.

El Congreso no ha aclarado estas imprecisiones de las normas constitucionales. Consideramos que es fundamental que este órgano aborde estas materias y defina su naturaleza jurídica y alcances en una Ley Orgánica de la Función Legislativa.

5. En el nuevo ordenamiento jurídico constitucional coexisten dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el regional. Todas las normas del Estado están subordinadas a la Constitución. El sistema legislativo está jerárquicamente organizado en una estructura piramidal. Al interior de cada nivel existen diversos tipos de instrumentos legislativos que se ordenan entre sí con principios distintos al de jerarquía.
6. Hasta hace pocos años la ley y la norma con fuerza de ley constituían una tautología. Hoy existen diversos instrumentos legislativos que participan de la fuerza de la ley.
7. Fuerza de ley es un concepto que surge para definir la característica inherente a la ley

producida por el Parlamento, según el procedimiento prescrito por la Constitución. Se manifiesta fundamentalmente en su poder innovador dentro del ordenamiento jurídico preexistente y en la resistencia para no ser modificada, derogada o suspendida si no es mediante otra ley. Las normas con fuerza de ley ocupan un lugar privilegiado en la estructura piramidal del ordenamiento jurídico.

No todas las normas con fuerza de ley participan del mismo grado de fuerza.

8. El rango de ley es una característica de algunas normas con fuerza de ley. Este concepto alude a la posibilidad que la norma sea sometida a un control de constitucionalidad ante un tribunal Constitucional. En el Perú, el Artículo 298° inciso 1°, señala las normas con rango de ley.
9. El concepto de reserva de ley alude a la forma de producción de una norma jurídica con un contenido material específico. En razón del contenido se reserva para el Congreso su regulación. Como consecuencia de la reserva se excluye la intervención, en principio, de otro órgano y la regulación de esa materia por normas de inferior rango.

Creemos que el legislador constituyente no manejó este concepto. Sin embargo, de una interpretación sistemática de la Constitución concluimos que están reservadas al Congreso la regulación de las leyes orgánicas.

10. La reserva de ley puede ser de gran utilidad en el sistema legislativo peruano a fin de acotar el ámbito que debe ser regulado por leyes parlamentarias evitando su delegación. Fundamentalmente deben reservarse al Congreso la regulación de leyes orgánicas, los derechos fundamentales y las libertades públicas.
11. El principio de preferencia de la ley es consecuencia de su mayor grado jerárquico en el ordenamiento jurídico. La ley anula los actos emitidos en nombre del Estado que le sean contrarios. Precedencia de la ley es exigencia de base legal previa. En el Perú, lo que existe es precedencia de la ley como regla general. Las excepciones están dadas por la competencia que la Constitución asigna a otros órganos.
12. La Constitución señala como titular de la función legislativa al Congreso.

No hay un reparto de competencias legislativas entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. Al Poder Ejecutivo se le asignó en el modelo constitucional un rol de colaborador en el iter legislativo y de legislador de excepción. La Constitución no le asignó otras competencias legislativas que la de regular tarifas arancelarias, celebrar o ratificar convenios internacionales sobre materias de su exclusiva competencia y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Su potestad reglamentaria excluye la posibilidad de dictar reglamentos autónomos incursionando en materias diversas en ausencia de la ley.

Creemos que este esquema debe variar a fin de descongestionar el trabajo recargado del Congreso, evitar el abuso de la delegación de facultades y de las normas dictadas al amparo del inciso 20 Artículo 211° de la Constitución. Una modificación constitucional que reserve determinadas materias al Congreso y consienta en la regulación de otras por el Poder Ejecutivo en ausencia de la ley es una buena alternativa. De esta manera, se lograría formalizar el rol de colegislador que viene desempeñando el Poder Ejecutivo y delimitar su función.

13. Creemos que es necesario ampliar el derecho de iniciativa en la formación de las normas con fuerza de ley. Debe concederse iniciativa a grupos representativos de la Sociedad como el Colegio de Abogados, Universidades, Municipios o un número determinado de ciudadanos.
14. La promulgación de una ley es el acto por el cual el Presidente de la República autentifica el texto de una ley. Es la notificación a los ciudadanos sobre la existencia de una ley. De allí que, no puede entenderse promulgación y publicación como actos independientes. En todo sistema democrático la publicidad es requisito sine qua non para la obligatoriedad de una norma. Se trata de una garantía para los ciudadanos y una obligación para el Estado. La Constitución consagra el principio de publicidad de las normas en el Artículo 87°.
15. Las leyes secretas son inconstitucionales e inadmisibles en un sistema democrático. La norma no publicada debe considerarse inexistente.
16. La Constitución introduce una categoría de leyes en el sistema legislativo peruano: Las leyes orgánicas. No se las define, sólo se las distingue de las leyes ordinarias por el quorum calificado

necesario para su aprobación. No hay una idea clara sobre esta institución. Es necesario precisar sus alcances.

Creemos que se trata de leyes que desarrollan la parte orgánica de la Constitución y conforman el Bloque de Constitucionalidad al que alude el Artículo 21° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Constituye reserva de ley parlamentaria. No deben modificarse o derogarse si no es por otra ley orgánica.

17. Las leyes interpretativas de la Constitución complementan, precisan y aclaran la aplicación de una norma constitucional. Son actos normativos destinados a sustituir la labor del intérprete. Constituyen una categoría de leyes. Se discute si tiene efectos retroactivos. Creemos que aún cuando es la solución más coherente presenta problemas prácticos.
18. Son leyes marco las que enuncian los principios generales relativos a una materia dejando para otra norma la regulación de los detalles o el desarrollo de la materia.

Se trata de un tipo de norma muy útil para la delegación de facultades legislativas.

19. La Constitución de 1979 introduce la institución de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

La delegación de facultades legislativas se realiza a través de una ley autoritativa que debe indicar la materia en forma clara y precisa y el plazo de la delegación. Se trata de un acto unilateral. No se requiere que el Congreso se encuentre en receso, de quorum calificativo o de circunstancias excepcionales, para la delegación de facultades. La Constitución omite señalar si existen materias indelegables.

Los decretos legislativos tienen fuerza y rango de ley. Deben ser publicados durante la vigencia de la delegación de facultades legislativas.

20. En la actividad legislativa del Poder Ejecutivo es indispensable que el Congreso ejerza un control eficaz. A esta función alude el término "dar cuenta al Congreso".

En el caso de la delegación de facultades legislativas no se ha establecido cómo debe "darse cuenta al Congreso" y de qué manera el órgano delegante fiscalizará la labor legislativa del Poder Legislativo. Se pueden establecer diversos mecanismos en la propia ley autoritativa o de manera general en una ley orgánica de la Función legislativa interpretando esta obligación que es tanto del Poder Ejecutivo como del Congreso.

El control debe ser real, excediendo del cumplimiento formal de esta obligación.

Creemos que hay otros aspectos que debe regular el Congreso como la subdelegación, la revocación de la delegación así como definir si la delegación se agota con la publicación de un decreto legislativo, encontrándose el plazo vigente.

21. La escasa regulación constitucional y la omisión de los grupos que han ocupado el Parlamento desde 1980 impiden precisar con certeza los alcances de las medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Sin embargo, por las características y el uso que se le ha dado creemos que se trata de los decretos leyes o reglamentos de necesidad y

urgencia de los que habla la doctrina y que existen en otros ordenamientos jurídicos.

Se trata de actos legislativos de carácter extraordinario con un límite material específico y encuadrados en los principios constitucionales. Esta atribución del Presidente de la República debe ejercerla con refrendación del Ministro del Sector Economía y Finanzas.

22. Creemos que es urgente que el Congreso interprete esta atribución y precise sus alcances. Debe manifestarse para delimitar el ámbito de su competencia material, definir a qué alude el carácter extraordinario y cuáles son los hechos habilitantes, vigencia de la norma, su individualización dentro del sistema legislativo mediante una denominación y numeración específica. Debe regularse lo relativo al control parlamentario y a la obligación del gobierno de dar cuenta al Congreso. Nosotros creemos que el Congreso debe pronunciarse expresamente sobre la derogación o conversión en ley del decreto de urgencia.

23. Las medidas extraordinarias en materia económica y financiera en el Perú tienen hasta el momento fuerza de ley pero no rango de ley.
24. En el ordenamiento jurídico peruano se conocen como decretos leyes aquellas normas con fuerza de ley que dictan los gobiernos de facto. Tienen el contenido y efectos de las leyes. En cuanto a su vigencia una vez restituido el orden constitucional, se ha aplicado la teoría de la continuidad. Los decretos leyes no modificados continúan vigentes, tienen fuerza y rango de ley.
25. Los Gobiernos Regionales tienen dos tipos de competencias legislativas. Una delegada sobre las materias que expresamente le delegue el Congreso. Otra, originaria, sobre las materias relacionadas con su organización interior, aprobación del presupuesto de la región, aprobación del plan regional de desarrollo. Sobre estas materias existe competencia exclusiva. Todas las materias delegadas deben entenderse como de competencia concurrente.
26. Las Asambleas Regionales expiden leyes regionales que tienen fuerza y rango de ley. Su fuerza está limitada sin embargo, por la competencia material

y territorial, lo está también en cuanto no pueden derogar la legislación nacional salvo que se les delegue esa facultad.

27. Las competencias legislativas de las Asambleas Regionales deben delimitarse en forma clara y precisa. Por el momento existe confusión e interpretaciones contradictorias sobre las materias que puede regular sin delegación previa a partir de la ley de Bases de la Regionalización.
28. Están reservadas al gobierno central la regulación de los aspectos constitutivos de los tributos, las materias que alteren el carácter unitario de la República o el ordenamiento jurídico del Estado o que puedan ser opuestos al interés nacional o al de otras regiones. La ley de Bases de la Regionalización completa la reserva en favor del Gobierno Central con un listado de materias que no pueden ser delegadas a las Asambleas Regionales.
29. Observamos que se ha omitido legislar sobre algún mecanismo de control que debiera ejercer el Congreso sobre facultades que delega.
30. Los Artículos 254° y 255° de la Constitución señalan la competencia de los Municipios. Omito

señalar de qué tipo de competencias se trata. No cabe duda que se incluyen la legislativa. Sin embargo, será necesario interpretar las normas, individualmente, a fin de determinar si se trata de competencias exclusivas o concurrentes.

31. Las ordenanzas Municipales son normas con rango de ley que emiten los Concejos Municipales y regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales y específicas detalladas en la Ley Orgánica de Municipalidades, las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada. Si bien las ordenanzas tienen fuerza de ley, tienen límites que son consecuencia de su competencia material y territorial.

En materias de competencia exclusiva, las ordenanzas pueden modificar leyes. En materias de competencia concurrente con el Gobierno Central entendemos que debe aplicarse el principio de unidad y subordinación a la ley nacional.

32. En el sistema legislativo peruano coexisten el ordenamiento jurídico regional y el nacional. Todas las normas se encuentran sometidas a la Constitución.

En los ordenamientos jurídicos unitarios el principio de jerarquía resuelve los conflictos de normas. En un sistema plurilegislativo como el peruano, su aplicación es limitada. El principio de competencia ha pasado a ser la regla dominante para la resolución de conflictos de normas. Por esta razón es necesario que en las normas de distribución de competencias sean claras y precisas. Lo recomendable en nuestra opinión es un listado de materias especificando la naturaleza de las competencias y su carácter exclusivo o concurrente.

33. Actualmente, observamos que hay competencias yuxtapuestas entre los diversos niveles de gobierno.

No existe un procedimiento y acción para la resolución de los conflictos de competencia.

Se ha señalado el juez competente, sin embargo, consideramos que estos conflictos deben ser resueltos por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA VILLAR, Diodoro
Las Municipalidades y los Gobiernos Regionales
Instituto de Investigación y Capacitación
Municipal, Lima, 1988.
- ALARCON QUINTANA, L.
Origen y Proceso de la Constitución de 1933
Lima, 1978.
- ALVAREZ CONDE, Enrique
El Régimen Político Español
Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- APARICIO MENDEZ
La Jerarquía
Imprenta Roncal; Montevideo, 1950.
- ARCE JANARIZ, Alberto
Comunidades Autónomas y Conflictos de Leyes
Editorial Civitas; Madrid, 1988.
- ARRIETA MUÑOZ, Armando Javier
*Potestad Reglamentaria del Presidente de la
República en la Constitución de 1979*
Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú,
Facultad de Derecho; Lima, 1986.
- BIDART CAMPOS, Germán
Tratado Elemental de Derecho Constitucional
Ediar, Buenos Aires; 1986.
- BURDEAU, Georges
Derecho Constitucional e Instituciones Políticas
Editora Nacional, Madrid, 1981.

- BERNALES, Enrique; EGUIGUREN, Francisco y otros
La Constitución diez años después
 Constitución y Sociedad; Fundación Friedrich Naumann; Lima, Julio de 1989.
- CABANELLAS, Guillermo
Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual
 18ª Edición, Imprenta de los Buenos Aires; 1984.
- CARDENAS QUIROS, Carlos
Los Decretos con Fuerza de Ley
 En: Themis, Segunda Epoca, N° 6; Lima, 1987, p.39.
- CHIRINOS SOTO, Enrique
La Nueva Constitución al alcance de todos
 2ª Edición; Andina, Lima, 1980.
- DE BELAUNDE, Javier
Algunas consideraciones en torno a los Gobiernos de Facto y las vigencias constitucionales
 En: Derecho N° 32; Pontificia Universidad Católica; Lima, 1974, p. 93.
- DU PASQUIER, Claude
Introducción al Derecho
 Justo Valenzuela, 3ª Edición, Lima, 1983.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
Normas contrarias a la Constitución o la Ley
 En: Revista del Foro; Año LXXI, N° 1; Lima, 1984; p. 87.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
La Legislación Delegada en la Constitución Peruana de 1979: algunos problemas y experiencias del período 1980-1985
 En: Derecho N° 39, Pontificia Universidad Católica, Lima, 1985; p. 139.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
Funciones Legislativas del Ejecutivo
 En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación; Cultural Cuzco Editores S.A.; Lima, 1987.

- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Artículo 211° inc. 20) de la Constitución
 En: Themis Segunda Epoca; N° 6, 1987.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA ONEBA
 Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1954.
- FERRANDO BADIA, J.
El Estado Unitario, el Federal y el Estado Regional
 Tecnos, Madrid, 1978.
- FERRANDO BADIA, J.
Federalismo y Regionalismo
- KELSEN, Hans
Teoría Pura del derecho
 Universidad Nacional de México; México, 1979.
- LANDA ARROYO, César Rodrigo
Las Normas Regionales del Ordenamiento Jurídico Nacional
 Pontificia Universidad Católica, Facultad de Derecho; Tesis Br., Lima, 1984.
- LANDA ARROYO, César Rodrigo
Régimen Jurídico del Gobierno Regional
 En: Lecturas sobre Temas Constitucionales 4, Comisión Andina de Juristas, Código Ediciones, 1990, Lima.
- LOEWENSTEIN, Karl
Teoría de la Constitución
 Ariel Demos, 2ª Edición, Barcelona, 1982.
- HAYER, Otto
Derecho Administrativo Alemán
 Depalma, México; 1951.
- HARTENHOFF, Miguel
Tratado de Derecho Administrativo
 Talleres Gráficos Dulan SRL, Buenos Aires, 1970, li.

- MUGOZ MACHADO, Santiago
Derecho Público de las Comunidades Autónomas
Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.
- PAREJA FAZ SOLDAN, José
El Régimen Presidencial en la Constitución de 1979
En: Derecho N° 35, Pontificia Universidad
Católica, Junio 1981, Lima.
- PAREJA FAZ SOLDAN, José
*Derecho Constitucional Peruano y la Constitución
de 1979*
Ediciones Justo Valenzuela; 3ª Edición; Lima,
1985.
- PAREJA PLUCKER, Piedad
*Atribuciones Constitucionales del Presidente de la
República*
Pontificia Universidad Católica, Lima, 1987.
- PACHECHO BARANDIARAN, María del Rosario
*Los Decretos de Urgencia en la Constitución
Peruana de 1979*
Tesis Br., Pontificia Universidad Católica, Lima
1986.
- PEREZ ROYO, J.
Las Fuentes del Derecho
Tecnos, 2ª Edición, Madrid, 1985.
- PIZZORUSSO, Alessandro
Lecciones de Derecho Constitucional
Centro de Estudios Constitucionales; 3ª Edición,
Madrid, 1984.
- QUIROGA LAVIE, Humberto
Derecho Constitucional
Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- QUIROGA LAVIE, Humberto
La Potestad de Contratar del Congreso de la Nación
En: Revista Jurídica Argentina La Ley; Buenos
Aires, 1985.

- QUIROGA LAVIE, Humberto
Diversos tipos de instrumentos legislativos
 Exposición en Primeras Jornadas de Derecho Constitucional, 12-8-86; Organizado por la Universidad de Lima y el Centro de Estudios Legislativos, Económicas y Sociales.
- QUIROGA LEON, Anibal
El "estado de las autonomías" español como modelo para la regionalización en el Perú
 En: Themis Segunda Epoca, N° 9, Lima, 1987.
- QUIROS CARDENAS, Pedro
La delegación de facultades legislativas por el Congreso al Ejecutivo
 Tesis Br., Pontificia Universidad Católica, Lima, 1982.
- QUISPE CORREA, Alfredo
Régimen Municipal
 En: Derecho N° 35, Pontificia universidad Católica, Lima, 1985.
- RANELIA, Pablo
Derecho Constitucional
 Ediciones Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1986.
- RAÑIREZ DEL VILLAR, Roberto; RUBIO CORREA, Marcial
El Rol del Parlamento
 Intercampus 26-10-81, Talleres Gráficos Printing Service S.A.
- RUBIO CORREA, Marcial; BERNALES, Enrique
Constitución y Sociedad Política
 Mesa Redonda Editores 2ª Edición; Lima, 1983.
- RUBIO CORREA, Marcial
El Sistema Jurídico
 Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1984.
- RUBIO CORREA, Marcial
Retroactividad, Introactividad y Ultractividad
 En: Para leer el Código Civil, Pontificia Univesidad Católica, 1984.

- RUBIO CORREA, Marcial
Para conocer la Constitución Peruana
Lima, 1983.
- RUBIO LLORENTE, F.
Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley
En: Revista de la Administración Pública; N° 100-102, Vol. 1, Enero-Diciembre, 1983. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SANCHEZ VIANONTE, Carlos
El Constitucionalismo: sus problemas
Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SAYAGUES LASO, Enrique
Tratado de Derecho Administrativo
Montevideo, 1953.
- SAGÜES, Néstor
Las leyes secretas
Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
- SORIANO, José Eugenio
Los Decretos Leyes en la Jurisprudencia Constitucional Española
En: Revista de la Administración Pública, N° 100-102, Vol. 1, Enero-Diciembre, 1983. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- SOTOMAYOR VALDEZ, Luis
Análisis de la estructura legislativa peruana
Pontificia Universidad Católica, Tesis Br., Lima 1985.
- STARCK, Christian
El Concepto de Ley en la Constitución Alemana
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.
- TORNOS MAS, Joaquín
La Relación entre la Ley y el Reglamento, Reserva Legal y Remisión Normativa
En: Revista de la Administración Pública, N° 100-102, Vol. 1; Enero-Diciembre 1983, Madrid.