

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN.....	17
-------------------	----

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL.....	29
---	----

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA. APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA*	53
---	----

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	81
--	----

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL	105
--	-----

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	149
--	-----

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ	157
--	-----

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE	181
---	-----

SECCIÓN MISCELÁNEA

Néstor Pedro Sagüés

JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 22 I

Domingo García Belaunde

LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ..... 23 I

Manuel Jesús Miranda Canales

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA.

A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 255

Aníbal Quiroga León

LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE.

UNA MIRADA CONSTITUCIONAL 26 I

12

Pedro A. Hernández Chávez

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO.

APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES..... 285

Óscar Díaz Muñoz

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO... 33 I

Marco A. Huaco Palomino

POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD.

UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ 345

Areli Valencia Vargas

CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS.

APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA..... 379

María Candelaria Quispe Ponce

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH 399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.

APROPÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.

¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?

REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.

REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

Fundamentos constitucionales del decreto de urgencia

✉ MIGUEL ALEJANDRO ESTELA LA PUENTE*

1. Introducción

El presente artículo, pretende promover el debate en torno a la necesidad de incluir en la agenda política nacional el tratamiento del decreto de urgencia como facultad legislativa extraordinaria y excepcional del Presidente de la República que nuestra Constitución, Tribunal Constitucional y legislación le ha otorgado a dicha herramienta característica, aunque no exclusiva, del régimen presidencialista.

505

En primer lugar, se pretende explicar cuál es la naturaleza jurídica del decreto de urgencia; en tal circunstancia, no se busca realizar un ejercicio metafórico, una cuestión de fe o un intento por ser pioneros en astronomía jurídica como seguramente calificarían algunos filósofos del derecho al advertir *prima facie* las palabras “naturaleza jurídica” en un artículo académico, sino que la utilización de este concepto acompañado al de decreto de urgencia tiene fines eminentemente prácticos, el cual es contribuir al entendimiento de la institución que se estudia y, a partir de dicho entendimiento del concepto, emplear su uso adecuado para los fines que el constituyente se propuso: controlar los actos normativos del Presidente de la República, en este caso, el decreto de urgencia.

En segundo lugar, se abordará el tratamiento constitucional que, según nuestra carta magna, se le otorga al decreto de urgencia, esto es, bajo qué supuestos de hecho el Presidente de la República podrá hacer uso de esta capacidad

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, egresado de la maestría en Derecho Constitucional de la misma Casa de Estudios e investigador en la materia.

legislativa para la cual se le ha concedido competencia extraordinaria y qué consecuencias genera dicho uso.

En tercer lugar, se analizará la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional mediante la cual se analizan criterios aplicados a casos prácticos relativos a la institución del decreto de urgencia y si éstos calzan o no en el contexto de pandemia mundial ocasionada por la COVID-19. Para cumplir este propósito, se señalará dos casos seleccionados resueltos por el Tribunal Constitucional a través de los cuales se definen criterios que establecen en qué condiciones el decreto de urgencia puede ser ejercido.

En cuarto lugar, el presente trabajo también analizará los tipos de control a los que se refiere el decreto de urgencia una vez entrado en vigor luego de su publicación en el diario oficial El Peruano, pues al ser una prerrogativa legislativa excepcional del Presidente de la República no es absoluta, sino que se somete a dos tipos de control, es decir, el control político, ejecutado exclusivamente por el Congreso de la República, más específicamente, por la Comisión de Constitución en primera instancia y luego por el pleno del Parlamento nacional en última instancia. Por otro lado, el control jurídico al que se somete el decreto de urgencia es efectuado por el Tribunal Constitucional una vez que éste toma conocimiento luego de que el veinticinco por ciento del número legal de congresistas decidiera plantearlo mediante una acción de inconstitucionalidad en aras de salvaguardar el derecho de las minorías parlamentarias.

506

En quinto y último lugar, se indicará la forma en la que es controlado el decreto de urgencia cuando no existe Parlamento que controle políticamente ni tampoco minorías parlamentarias que planteen acción de inconstitucionalidad. Ante tal supuesto, sólo la Comisión Permanente que subsiste cuando el Presidente de la República disuelve el Poder Legislativo, es capaz de controlar –con restricciones– los decretos de urgencia emitidos por el Presidente de la República en un periodo al que se le ha dado el nombre de *interregno parlamentario*.

2. Naturaleza jurídica del decreto de urgencia

Definir qué es la naturaleza jurídica *stricto sensu* es un tema muy complicado que podría dejarse al análisis exclusivo de la filosofía del Derecho; por ello, no deja de tener razón el profesor español ESTEVEZ (1960, p.160), cuando afirma:

Sin embargo, tampoco hay que desconocer que -los especialistas en disciplinas particulares pueden alegar a su favor una atenuante muy calificada. Pueden decir, no sin razón, que el tema de la naturaleza jurídica desborda su competencia, pues por su carácter general entra de lleno en el ámbito jurisdiccional del filósofo. Y el filósofo del Derecho, a quien, en efecto, correspondería estudiar esta materia, no tendrá más remedio que rendirse a la inculpación, puesto que tampoco ha consagrado su atención al problema.

Ante semejante afirmación, muy sencillo sería eximirse de responsabilidad respecto a realizar el esfuerzo de lo que significa naturaleza jurídica, en este caso, del decreto de urgencia. Sin embargo, no es propicio proceder de manera tan ligera, pues, justamente, a lo que se pretende contribuir es al entendimiento cada vez más completo, en la medida de lo posible, de aquello relativo al estudio del decreto de urgencia y *a posteriori* de cualquier institución que se procure someter al significado de naturaleza jurídica como primer peldaño en el estudio de alguna institución jurídica.

Para tales efectos, se considera relevante el método de pensamiento filosófico denominado utilitarismo, el cual tuvo como referente a **BENTHAM** (1781, p.13) y cuya obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, citamos a continuación para destacar la parte trascendente del pensamiento utilitarista que sirve al propósito contributivo de este artículo:

Se dice que un hombre es partidario del principio de utilidad, cuando la aprobación o reprobación que él anexa a cualquier acción, o a cualquier medida, es determinada por y proporcionada por la tendencia según la que él concibe que dicha acción aumenta o disminuye la felicidad de la comunidad: o, en otras palabras, a su conformidad o disconformidad con las leyes o dictados de la utilidad.¹

Precisamente, nos adherimos en parte a la premisa planteada por **BENTHAM** cuando indica que un hombre es partidario del principio de utilidad, según su propia autodeterminación, cuando dicha acción aumenta o disminuye la felicidad de la comunidad.

1 Traducción del autor: Miguel Alejandro Estela La Puente.

En este caso, debe resaltarse que, si reemplazamos la palabra felicidad por entendimiento práctico, sería perfectamente traducible este fragmento del pensamiento utilitarista benthiano a la intención subyacente en este artículo, pues lo que se pretende es aterrizar, simplificar el concepto de naturaleza jurídica y hacerlo útil para los efectos del análisis de cualquier institución jurídica.

En ese sentido, dada la conexión entre el método de pensamiento utilitarista y el concepto de naturaleza jurídica es que resulta pertinente otorgarle, a ésta última, una función de uso práctico; de tal manera, que maximice las posibilidades de utilidad al entendimiento de la institución que se someta al análisis. Para cumplir con tal función utilitaria, se plantea la siguiente fórmula:

QE	+	CS	+	PS	=	NJ
(Qué es)		(Cómo se usa)		(Para Qué Sirve)	=	Naturaleza Jurídica

Ahora bien, una vez aplicada esta fórmula se obtendrá un resultado del cual se desprende su definición, su instrumentalidad y su finalidad, que dará como resultado la utilidad del concepto propio de naturaleza jurídica para efectos prácticos.

508

El primer elemento es una aproximación conceptual y lo que se busca es arribar al entendimiento más preciso posible de la institución, incluso más allá de los consensos doctrinarios; pues lo que se pretende es obtener la utilidad del concepto a cada caso particular sin que ello implique una trasgresión constitucional sino, todo lo contrario, respetar los parámetros formales y materiales establecidos por el Tribunal Constitucional.

En el caso del segundo elemento, se pretende mostrar cuál es el mecanismo de uso de la institución, es decir, cómo es que el sujeto activo (el Presidente de la República) ejercita su competencia (objeto) sobre el sector o grupo social (sujeto pasivo) sobre el cual recaen los efectos jurídicos del decreto de urgencia; en buena cuenta, este segundo elemento atañe directamente a los requisitos formales *sine qua non* es imposible que la resolución emitida por el Presidente de la República aunque lleve el nombre de decreto de urgencia sea considerado como tal.

En el caso del tercer y último elemento de la fórmula, este servirá para que se pueda identificar el problema que se pretende solucionar con la emisión del

decreto de urgencia; sobre la base de este último elemento, se comprobará si el decreto de urgencia cumple con los requisitos sustanciales para su emisión.

A) Sobre la definición de decreto de urgencia (Qué es)

Sobre el primer elemento a tratar, esto es, respecto a la definición del decreto de urgencia, se puede recoger la observación puntualizada por **PLANAS** (1993, p.137) cuando indicó que:

Lo que la doctrina conoce como el decreto de necesidad y urgencia, según hemos visto en el Derecho Constitucional Comparado, puede adoptar fórmulas como “decretos”, “medidas” o “disposiciones”. Siempre especifica su estricto aspecto transitorio que le reconoce fuerza legal sin ser ley. Brasil (1988) se preocupa de resaltar que son “medidas provisionales”; Italia (1947) las denomina “medidas provisionales”; Austria (1920), “decretos transitorios de modificación de leyes”; y España (1978) reconoce que estas “disposiciones legislativas provisionales tomarán forma de decretos-leyes”. Provisionalidad y transitoriedad -aunque, como veremos, no significan lo mismo- son características señaladas expresamente por los textos constitucionales a fin de resguardar la competencia legislativa del Parlamento.

509

Sobre esta definición, cabe acotar que se trata de una aproximación basada en el año en el que se aprobó la Constitución actual de 1993, cuya sustancia conceptual se ampara en la experiencia práctica nacional desprendida de la Constitución de 1979, que estuvo vigente durante 13 años, la misma que recogió el concepto de decreto de urgencia de las constituciones de Austria, Italia y España, es decir, del derecho comparado.

Sin embargo, esta aproximación deja clara la idea de que el decreto de urgencia es un instituto que habilita una facultad legislativa excepcional que se le atribuye al Presidente de la República; puesto que, la facultad legislativa ordinaria le corresponde al Parlamento desde su origen. En cada Estado, como bien señala Planas, quienes han detentado el poder de aprobar leyes o modificar constituciones han resaltado la transitoriedad o provisionalidad del decreto de urgencia, justamente, para dejar asentada la idea que se trata de una competencia que, en principio, solo corresponde al Parlamento y, de manera extraordinaria y excepcional, al Presidente de la República.

Por otro lado, **ARANA** (2013, p.339) nos aproxima al concepto de decreto de urgencia haciendo uso de la definición de decreto ley que es la institución hermana del decreto de urgencia peruano en el Reino de España, pues, a nuestro criterio, sólo se trata de un cambio en la etiqueta o nomenclatura; ya que, los presupuestos constitucionales del decreto de urgencia y decreto ley son, en esencia, lo mismo. Dicho autor, sostiene lo siguiente:

Su denominación refleja muy bien su naturaleza: es «decreto», esto es, una norma dictada por el gobierno en ejercicio de poderes propios y directos –no de previa habilitación parlamentaria–, y es «ley», norma con la misma fuerza o rango que las que emanan del Parlamento. El ser dos cosas a la vez revela que tiene un carácter singular, excepcional y provisional, tal y como el Tribunal Constitucional recuerda, por ejemplo, en su sentencia 137/2011, de 14 de septiembre: «en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa».

510

Esta perspectiva indicada por **ARANA** constata el carácter excepcional de la atribución presidencial incluso en un régimen político parlamentario como el español². Asimismo, esta medida extraordinaria tiene rango y fuerza de ley, el *rango* lo otorga la misma Constitución y la *fuerza* significa que cabe aplicarse en todo el territorio nacional, pero esta fuerza de ley es solo activa toda vez que si bien puede modificar o hasta derogar una ley emanada del Parlamento, no tiene fuerza de ley pasiva en la medida que no es capaz de resistir una derogación o modificación a través del control político que ejerce el Parlamento o el control jurídico que realiza el Tribunal Constitucional cuando una minoría parlamentaria lo somete a su jurisdicción a través del planteamiento de una acción de inconstitucionalidad.

En nuestro país, el carácter excepcional de los decretos de urgencia se sustenta en el artículo 118° inciso 19 de la Constitución, solo se habilita la posibilidad

2 El Perú optó por denominar a esta medida extraordinaria como decreto de urgencia para diferenciarlo de los decretos ley, que es una fuente de derecho utilizada por los gobiernos de facto o autoridades que han llegado al poder por medio de golpes de Estado y usan esta institución para regular la vida de la sociedad cuando no existe Parlamento y no estar dentro de los parámetros de un Estado Constitucional de Derecho.

de dictar dicha fuente de Derecho con rango y fuerza de ley en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso, el cual puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. Por otro lado, existe contenido vedado al decreto de urgencia en nuestro orden jurídico constitucional conforme al tercer párrafo del artículo 74° de la Constitución, que indica que los decretos de urgencia no pueden regular sobre materia tributaria.

Finalmente, sobre este primer elemento, se podría indicar que el decreto de urgencia es una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del Presidente de la República y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia que requiera de interés nacional, sólo en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y; así como es excepcional, también es provisional hasta que el Congreso ejerza control político o las minorías parlamentarias acudan al Tribunal Constitucional para que éste efectúe control jurídico sobre estos.

B) Sobre el mecanismo de uso del decreto de urgencia (Cómo se usa)

Ahora bien, al referirnos al mecanismo de uso del decreto de urgencia se hace referencia a los presupuestos formales que deben existir para que el Presidente se encuentre habilitado el momento de dictar esta norma. En tal sentido, nuestra Constitución Política señala que los requisitos *ex ante*, es decir, los requisitos necesarios previos a la emisión de un decreto de urgencia, están consagrados en los artículos 118° inciso 19, 123° inciso 3 y 125° inciso 2 y 74° en su párrafo tercero.

En el caso del artículo 118° inciso 19, la Constitución indica lo siguiente:

Artículo 118°. - Atribuciones y obligaciones del Presidente

19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Sobre esta norma, se puede observar que se exigen dos presupuestos formales de validez los cuales deben responder a i) que el contenido sea exclusivamente sobre materia económica y financiera; en este caso, si otro fuese el contenido de

la norma queda claro que dicho decreto no podría ser convalidado por el Congreso de la República y correspondería derogarlo y dejarlo sin efecto en todos sus extremos pues es una norma que nació defectuosa e infringió desde su origen a la propia Constitución; del mismo modo, el segundo presupuesto formal que exige esta norma es **ii)** que dicho contenido en materia económica y financiera se sustente en circunstancias tales que sean de interés nacional, sobre este último presupuesto referido al interés nacional, cabe acotar que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad; caso contrario, el decreto de urgencia no estaría amparado en el interés nacional sino en interés particular.

En el artículo 123° inciso 3, la Constitución señala que el Presidente del Consejo de Ministros debe refrendar con su firma el documento que contiene el decreto de urgencia, ello como presupuesto que otorga validez necesaria para que el documento surta efectos; caso contrario, si en el contenido del documento no se halla dicho refrendo, corresponde al Congreso, al momento de efectuar control político, derogue y deje sin efectos el decreto de urgencia por tener un vicio de forma exigido por la Constitución Política del Estado.

512

Del mismo modo, en el artículo 125° incisos 2 y 3, la Constitución consigna que antes de que el decreto de urgencia sea firmado por el Presidente del Poder Ejecutivo y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, éste sea deliberado (inciso 3) y aprobado (inciso 2) por el Consejo de Ministros. Ello, debe constar en el acta de sesión de Consejo de Ministros correspondiente a fin de que se pueda cumplir con dicho requisito formal de validez que habilite al Presidente del gobierno la emisión del decreto de urgencia y este no sea derogado de plano por el Congreso al momento de efectuar el control político por existir un notable y evidente vicio formal.

Respecto al caso del párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución, el mandato es prohibitivo, pues ocurre lo mismo que los anteriores presupuestos en sentido negativo: los decretos de urgencia no deben versar en materia tributaria; caso contrario, son inválidos desde su nacimiento y; por tanto, pasibles de ser derogados desde el primer instante de su nacimiento.

Finalmente, debe quedar claro que todos estos requisitos formales que otorgan validez al decreto de urgencia para que pueda ser emitido por el Presidente

del gobierno, deben ser concurrentes, es decir, deben cumplirse todos y cada uno de ellos, no puede existir cumplimiento parcial o particular de cada uno; pues, el documento aspirante a surtir los efectos jurídicos otorgados al decreto de urgencia sería nulo desde su origen. Todos estos requisitos que exige la Constitución son *ex ante*, decir, deben cumplirse antes de su publicación a efectos de que no devengan en inválidos de plano.

Finalmente, cabe acotar que respecto a los requisitos formales *ex ante* que debe cumplir el decreto de urgencia, se trata de una resolución que debe versar sobre materia económica, financiera mas no tributaria, de interés nacional no particular y que debe estar refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Presidente del gobierno previa deliberación y aprobación del Gabinete, el cual debe quedar registrado mediante acta de la sesión correspondiente.

C) Sobre la finalidad del decreto de urgencia (Para qué sirve)

La finalidad que persigue el decreto de urgencia encuentra su basamento en dos principios fundamentales **i)** el principio de necesidad y **ii)** el principio de conexidad.

En el caso del **principio de necesidad**, el decreto de urgencia debe responder a una situación tal que el tiempo que demande la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción) impida la prevención de daños o, en todo caso, que los mismos devengan en irreparables. Esto significa que en una situación de emergencia y necesidad si se siguiera el proceso ordinario de aprobación de leyes por el Congreso y la promulgación parte del Presidente, la situación que pretende revertirse se agravaría y los daños que cause serían irreparables por la extensión y prolongación de los plazos; por ello, interviene el Presidente a través del uso de la institución del decreto de urgencia, para que en circunstancias de necesidad y urgencia, se prescinda del trámite ordinario y se le habiliten facultades legislativas extraordinarias, excepcionales y provisionales para que se eviten, prevengan o reviertan situaciones imposibles de ser solucionadas a través del trámite común de aprobación de leyes que es burocrático y; por lo tanto, lento.

Por otro lado, respecto al **principio de conexidad**, en el decreto de urgencia, debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. Esto significa que el contenido de dicha norma excepcional no debe incluir cualquier disposición que no guarde

relación con la situación que se pretende solucionar y que no modifican de manera instantánea la situación problemática existente, pues si no se cumple ello no se podría justificar el carácter extraordinario y de urgente necesidad.

D) La naturaleza jurídica del decreto de urgencia

Ahora bien, la naturaleza jurídica del decreto de urgencia es aquella que lo concibe como una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del Presidente de la República y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia (**Definición**), sólo con contenido en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y que; así como es excepcional también es provisional. Del mismo modo, su emisión debe cumplir con requisitos *ex ante*, pues se trata de una resolución que debe versar sobre interés nacional no sobre intereses particulares; asimismo, debe estar refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Presidente del gobierno previo acuerdo del gabinete ministerial, el cual debe quedar registrado en la sesión correspondiente (**Mecanismo de uso**).

514

Finalmente, su emisión debe sujetarse al principio de necesidad en la medida que solo puede dictarse si el trámite ordinario de expedición de leyes impide la prevención de daños o la reversión de los mismos (**Finalidad**); en ese sentido, también debe someterse al principio de conexidad que exige una vinculación inmediata entre la medida que se pretende aplicar y las circunstancias extraordinarias que sustentan la existencia del decreto de urgencia.

3. Jurisprudencia constitucional relevante sobre decreto de urgencia: criterios para la emisión del decreto de urgencia

Ahora bien, respecto a los pronunciamientos relevantes en materia del instituto del decreto de urgencia corresponde analizar cuáles son los criterios en los que se debe sustentar el contenido de la resolución que alberga el decreto de urgencia, pues no se trata, como se ha mencionado *supra*, de emitir un documento cualquiera y ponerle como rótulo cualquier etiqueta que regule cualquier cosa; no, se trata de que el contenido, es decir, el factor endógeno de la norma, debe encontrar justificación fáctica, esto es, hechos que sean coherentes con las medidas que pretende revertir dicho norma excepcional.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia recaída en el expediente N°708-2005-PA/TC (Caso denominado Callao V.S

Repuestos de calidad S.A.C), en cuya virtud del fundamento N° 7 se puede apreciar que: *“Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del reglamento del Congreso (...).”*

Dicho fundamento, encuentra su finalidad en la coherencia y logicidad que debe tener el factor endógeno como exógeno de la norma, pues son los factores exógenos que motivan la emisión y moldean la estructura interna del decreto de urgencia. Se podría decir que el *factum* equivale al supuesto de hecho que debe cumplirse *sine qua non* para que la norma pueda nacer. Ahora bien, ese *factum* o supuesto de hecho debe cumplir con ciertos criterios concurrentes y motivados que deben estar señalados en la exposición de motivos de la resolución que contiene el decreto de urgencia.

Por consiguiente, de acuerdo a la sentencia precitada del Tribunal Constitucional, son cinco (5) los criterios que ha determinado el guardián de la Constitución Política del Estado, y con la finalidad de ser ilustrativos al respecto, se comentará cada uno de dichos criterios en función a la situación actual que acontece en nuestro país; por ello, se tomará, a modo de ejemplo, la emisión del decreto de urgencia N°028-2020 que se dictó en el marco del estado de emergencia nacional³ para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control del COVID-19, la cual es una variación del virus denominado “coronavirus” y que ha generado una situación excepcional en todo aspecto de la sociedad, generando una cantidad ingente de decretos de urgencia que a la fecha casi todos han dejado de ser controlados políticamente por el Congreso de la República, lo que hace inferir que muchos de los emitidos pueda estar generando efectos jurídicos aun cuando han nacido posiblemente defectuosos en la forma.

a) **Criterio de excepcionalidad**

En función a la sentencia precitada, el primer criterio a analizar es el de excepcionalidad, el cual ha sido definido de la siguiente manera:

3 Mediante Decreto Supremo N°044-2020 PCM que declara el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19-

Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español –criterio que este Colegiado sustancialmente comparte– que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma.

Por tanto, lo que corresponde cuestionar, a modo de ejemplo, es si el decreto de urgencia N°028-2020 cumple con el criterio de excepcionalidad y tiene por objeto revertir una situación extraordinaria e imprevisible en materia económica y financiera en atención al hecho concreto. Pues bien, el objeto del decreto invocado en su artículo 1° establece que tiene por finalidad de adquirir bienes y servicios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de COVID-19, necesarios para prevenir y atender la emergencia por COVID-19 a nivel nacional.

516

Del mismo modo, el artículo 2° inciso 2 del precitado decreto de urgencia busca regular en materia económica y financiera a efectos de contratar directamente y prescindir del procedimiento ordinario de contratación pública, esto, en función al inciso b) del artículo 27° de la ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido, ante la situación de emergencia nacional por la rauda propagación del virus COVID-19, el Estado requiere exonerar de las etapas ordinarias del proceso de contratación pública, tales como convocatoria, inscripción de postores, calificación de postores, análisis de propuesta técnica y económica a fin de no ralentizar la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención de la propagación del virus.

Ante tal situación ¿se podría decir que el objeto del decreto de urgencia y sus medidas económicas buscan revertir una situación extraordinaria e imprevisible? Ello es discutible, pues si bien el Poder Ejecutivo ya tenía conocimiento de la forma vertiginosa de propagación del virus; una vez se detectó casos de infectados dentro del territorio nacional, sí bien se generó una situación extraordinaria, la cual se pudo prever con otras medidas administrativas, no se pudo pronosticar la

magnitud del daño; por lo que, este último supuesto podría calzar con el criterio que el Tribunal recoge de su homólogo español en la medida que ello corresponde a la discrecionalidad del órgano político facultado de medir la excepcionalidad e imprevisibilidad. Empero, resulta inexorable destacar, que esa discrecionalidad política del Presidente de la República no puede ser absolutamente amplia, pues podría camuflarse con otro tipo de intereses que utilicen como excusa la emisión de un decreto de urgencia.

A pesar de ello, debe entenderse que la discrecionalidad no es absoluta, tengamos en cuenta que dicho criterio adoptado por el Tribunal Constitucional español; así como, su homólogo peruano, en la década de los ochentas, no admitían las demandas de inconstitucionalidad contra decretos de urgencias por razones estrictamente restrictivas, tal es el caso de la resolución N°057-90-TR emitida por el tribunal de Garantías Constitucionales y que **LANDA** (2003) comenta de la siguiente manera:

(...) Así, la mayoría de magistrados razonó de la siguiente manera: de conformidad con el art.298°, inciso 1, de la Constitución e 1979, solo se puede “declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo y, como en esta enumeración taxativa no era posible incoar una acción de inconstitucionalidad contra un decreto supremo de urgencia dictado al amparo el artículo 211°, inciso 20, de la Constitución de 1979, la mayoría de magistrados constitucionales opinó que el TGC estaba impedido de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del decreto supremo N°057-90-TR (...).

De lo anterior comentado por **LANDA**, se puede colegir que el predecesor del Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1979, adoptó criterios restrictivos para declarar inadmisibles de plano las demandas de constitucionalidad planteadas contra decretos de urgencia porque no estaban en la lista taxativa que contemplaba la Constitución, no se examinaba el fondo y tampoco si existía correlato o vinculación entre la medida económica o financiera y los hechos que justificaron dicha emisión. Se trata pues, de un criterio superado que, en la actualidad, la misma Constitución de 1993 ha incluido en su catálogo actual en el artículo 200° inciso 4. Por lo que, la discrecionalidad tiene que

someterse pues al criterio de excepcionalidad a efectos de revertir situaciones extraordinarias e irreversibles como es el caso del decreto de urgencia N°028-2020 bajo análisis.

b) Criterio de necesidad

En la sentencia *in comento*, se indica que se debe tener en cuenta que, para la emisión del decreto de urgencia: *“Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que, demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), impida la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables”*.

Es el caso del decreto de urgencia N°028-2020, si para la exoneración de las etapas ordinarias del proceso de selección, esto es, para la materialización de la contratación directa, se hubiera emitido una ley, en lugar de un decreto de urgencia, con todas sus etapas desde la presentación del proyecto de ley hasta la aprobación de la autógrafa y su posterior promulgación por parte del Poder Ejecutivo, hubiera transcurrido tanto tiempo que los daños por la falta de adquisición de muestras para el diagnóstico de COVID-19 o pruebas rápidas serológicas hubieran causado daños irreparables de tal magnitud que no se hubiera podido conocer la cantidad de infectados a nivel nacional y el respectivo control médico sobre los mismos; por eso, la excepcionalidad de la facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo con cargo, por supuesto, de dar cuenta al Congreso de la República *ex post*, en este caso, resulta necesario; por lo que, se cumple el criterio de necesidad para la expedición célere de la norma. Ello no es impedimento para que una vez desaparecida la necesidad, la norma sea dejada sin efecto por parte del Parlamento.

518

c) Criterio de transitoriedad

Del mismo modo, el criterio de transitoriedad exige que: *“las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa”*. En el caso del decreto de urgencia N°028-2020 bajo análisis, el artículo 7° señala que este tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020; por lo que, las medidas urgentes gozan de vigor hasta esa fecha. A pesar de ello, si el propio decreto de urgencia no hubiera contemplado plazo máximo de vigencia, entonces se hubiera entendido que su vigencia estaría justificada en la medida que se mantenga el estado de emergencia nacional.

A modo de antecedente, se puede decir que la ley N°25397 de fecha 3 de febrero de 1992 en su artículo 4, les otorgó a los decretos de urgencia, llamados en ese entonces decretos supremos extraordinarios, un plazo de vigencia de 6 meses. Esta ley solo estuvo vigente durante 4 semanas; puesto que, fue una de las justificaciones que utilizó el ex presidente Alberto Fujimori para disolver el Congreso de la República debido a que consideraba que era una limitación obstruccionista a las labores del Poder Ejecutivo en un contexto invadido por el terrorismo.

Pues bien, más allá de los argumentos esbozados por el Presidente de esa época, esta ley fijaba un plazo de vigencia máximo de 6 meses, lo que representaba un baremo de limitación al Poder Ejecutivo, aunque este estuviera obligado a someter su decreto de urgencia al control político del Parlamento. En tal sentido, si existía pues el control político no había razón para limitar a un plazo determinado la vigencia del decreto de urgencia, más aún si los hechos que causaron la existencia de dicho decreto subsisten y pueden ser el motivo de su prolongación o prórroga por parte del Poder Ejecutivo o modificación o derogación por parte del Poder Legislativo.

d) Criterio de generalidad

Sobre este criterio, el Tribunal Constitucional ha indicado que: *“El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el caso Colegio de Notarios de Lima (...) alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, debe ser el ‘interés nacional’ el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos a intereses determinados, sino, por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad (...)”*.

El interés nacional está estrechamente vinculado a la prohibición de interés particular, ello significa que un decreto de urgencia no puede emitirse para beneficiar a una persona, un grupo de personas o a un determinado sector de la sociedad, sino que, por su característica excepcional que le otorga al Presidente de la República la capacidad de legislar para revertir situaciones no imprevisibles es que el contenido normativo no puede tener nombre propio para beneficio exclusivo de algún particular sino que la reparación del daño o la reversión de circunstancias adversas no puede estar dirigida para el beneficio de los particulares.

En cuanto al ejemplo del decreto de urgencia N°28-2020, supongamos que en dicha norma se hubiera indicado que solo la empresa “X” puede obtener la buena pro de las contrataciones con el estado. Ahora bien, la exoneración del procedimiento ordinario de contratación ya constituye una situación extraordinaria porque el Estado puede contratar directamente o por invitación con la empresa que mejor oferta económica y técnica tenga en el mercado obviando diversas formalidades para la participación de postores en toda su plenitud, con todos los procedimientos que se requieren en una contratación ordinaria.

Sobre el particular, agregar que, si sólo una empresa puede ser invitada por el Estado y que éste pueda contratar directamente solo con ella, entonces estaríamos ante una norma de carácter particular que viola el criterio de generalidad, pues se debe garantizar siempre la potestad pública de escoger la mejor oferta que asegure beneficio en nombre del interés nacional y no de una persona o grupo selecto.

e) Criterio de conexidad

Sobre las particularidades de este criterio, el Tribunal Constitucional advirtió en la sentencia recaída en el expediente N°708-2005-PA/TC ya precitada para invocar el contenido de estos criterios imprescindibles para dotar de contenido al decreto de urgencia que:

Conexidad: debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que a la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él ‘cualquier género de disposiciones: ni aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido mismo, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad’ (...) Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del Decreto de Urgencia y no de las acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada (...)”.

Este criterio es claro y consideramos que no requiere de una explicación exhaustiva, pero sí precisa; por lo que, se irá de manera directa al ejemplo que invocamos respecto al decreto de urgencia N°028-2020, es decir, si este decreto de urgencia se hubiera emitido para exonerar del trámite ordinario de un proceso

de selección a determinados postores amparando su motivación en el supuesto de, por ejemplo, un cambio de estación del clima, no habría ningún tipo de conexidad, pues el proceso natural del cambio de estación y; por lo tanto, de clima no puede justificar de ninguna manera la exoneración de un proceso de selección para contratar directamente, pues no hay ninguna emergencia de por medio, salvo, por supuesto, que exista algún fenómeno o catástrofe natural como un terremoto que cause gran daño y deban aplicarse exoneraciones para responder ante la emergencia; sin embargo, en el caso de la norma que nos ocupa, el clima no tiene ninguna trascendente en cuanto a la propagación del contagio del COVID-19, se trataría de una razón irrelevante respecto del criterio de conexidad, el supuesto de hecho no se constituiría en factor determinante; por lo que, no se cumpliría con este criterio.

En consecuencia, este principio indica de modo taxativo que debe existir perfecta y motivada correspondencia entre los hechos (factor exógeno) y el contenido normativo (factor endógeno) por medio del cual se busca resolver a causa de esos hechos.

4. Jurisprudencia constitucional relevante sobre decreto de urgencia: parámetros de control político y jurídico

El sustento de la jurisprudencia que citaremos a continuación encuentra en su motivación la manifestación fundamental del equilibrio de poderes en su modalidad de control parlamentario de los actos normativos del Presidente. Cabe traer a colación que nuestro régimen político es el presidencialismo; en esa línea, **DELGADO GUEMBES** (1998), citando a **LOEWENSTEIN** indica que, existen regímenes presidenciales “frenados”, “moderados”, “atenuados” o “disminuidos” y que en el Perú **GARCIA BELAUNDE** apunta que el nuestro es un modelo presidencial disminuido, atenuado o frenado, tesis con la que concordó **PANIAGUA CORAZAO**.

Entonces, si el Perú es un presidencialismo atenuado significa que no es un presidencialismo puro; por lo que, existe control por parte del Parlamento y esta particular situación nos ubica en una clasificación híbrida como diría **SHUGART y CAREY** (1992), que es la referencia que toma **DELGADO-GUEMBES** para desarrollar su postura, pues tanto el Poder Legislativo como Ejecutivo tienen competencias similares destinadas al control y equilibrio de poderes mutuo.

Ahora bien, de acuerdo a la sentencia recaída en el expediente N°0004-2011-PI/TC (caso 25% del número legal de congresistas) en su fundamento N°4, el Tribunal Constitucional hace referencia al control político que ejerce el Parlamento sobre el decreto de urgencia e indica lo siguiente:

(...) Un control de esta naturaleza no se identifica con lo que es propio del control jurídico. Ello es consecuencia de la naturaleza del órgano que realiza el control y de las tareas que la Constitución asigna éste. El Parlamento es un órgano político por naturaleza, basado en el mandato representativo, en la elección directa de sus representantes y en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Refleja en su composición a todos los sectores (intereses) de la sociedad [principio de pluralismo] y, en su seno, quienes los representan debaten públicamente sobre las cuestiones más trascendentes que concier-ten a la *res publica*.

En ese mismo sentido, respecto al control jurídico, en su fundamento N°5, el Tribunal Constitucional en la precitada sentencia consigna lo siguiente:

522

(...) De ahí que, a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidéz del objeto controlado, los criterios de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultades para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular, de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener el derecho como fundamento, pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político.

Por consiguiente, corresponde pues analizar el fundamento N°4 de la sentencia *in comento* que se refiere al control político que ejerce el Parlamento, el cual se sustenta en la representación política que cristalizan sus integrantes; ya que, son el reflejo de determinados sectores de la sociedad, lo que significa que, dentro de este poder del Estado, habitan diversos intereses que pueden ser coincidentes

o en pugna y que se atienden en función a la discrecionalidad que implican las reglas del juego de poder dentro de un sistema democrático.

Es por ello, que el Tribunal Constitucional indica que la forma como se ejerce el control político va a depender de las relaciones que se produzcan entre las mayorías y las minorías parlamentarias, las cuales se sustentan en la conveniencia o inconveniencia de los intereses de los representados, por eso, no se podría decir que si el Parlamento no controla un decreto de urgencia, necesariamente, sobre la base de diferentes razones que pueden ser económicas, sociales o simplemente de poder, renuncia a su derecho de controlarlos *ex post*, pues existe discrecionalidad, la cual se puede fundamentar en diferentes motivos que atañen pues a los intereses que la sociedad haya puesto en el Congreso para que sean representados.

Por otro lado, el Tribunal dice que este control político difiere del control jurídico en la medida que el razonamiento jurídico siempre se va a sustentar en la evaluación de validez o invalidez del presupuesto normativo que para ello existen parámetros a los se deben adscribir los magistrados para poder determinar dicha validez o invalidez; por ello, el control jurídico se despoja de intereses y de subjetividades para trascender al ámbito de la imparcialidad.

523

Sin embargo, se considera oportuno indicar que, como se ha visto en párrafos precedentes, los criterios que utiliza el Tribunal Constitucional en la sentencia N°708-2005-PA/TC para ejercer control jurídico sobre los decretos de urgencia bien podrían ser usados por los congresistas al momento de ejercer control político; puesto que, subsumir los intereses de determinados sectores sociales en la formalidad que exige el Tribunal Constitucional no se opone a las razones que podrían tener los congresistas para estimar o desestimar un decreto de urgencia; sin embargo, el control político al estar supeditado a intereses de cualquier índole, corre el riesgo de dejar de lado los criterios del Alto Tribunal o si los usa, solo sirven como meras etiquetas sin mayor fundamentación.

5. El decreto de urgencia en el interregno parlamentario a posteriori de la disolución del Congreso

Sobre este acápite, el Perú ha tenido una reciente experiencia el último 30 de septiembre de 2019, pues el ex Presidente de la República: Martín Vizcarra, disolvió Congreso bajo el argumento de la denominada denegación fáctica de la cuestión de confianza; y esto, al ser una experiencia nueva bajo nuestra vigente

Constitución de 1993, no se tiene abundante producción académica respecto, pues recién encuentra su primera evidencia empírica en la fecha indicada.

Sobre el particular, si bien el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N°0006-2018-PI/TC en el caso denominado “cuestión de confianza y crisis total del gabinete”, en su fundamento N° 75 indicó que: “(...) *este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que puedan plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera*”.

Este argumento ha sido muy cuestionado por la academia, pues la denegación fáctica no es concepto que, además de indeterminado y ambiguo, no existe como supuesto habilitante en la Constitución a efectos de que se le faculte al Presidente invocarlo para que, de esta manera, pueda disolver el Congreso; sin embargo, el Tribunal Constitucional convalidó el acto del Presidente llevando a cabo una interpretación que, a criterio de quien suscribe, implica el resquebrajamiento del principio de supremacía constitucional.

524

Por otro lado, una vez disuelto el Parlamento, el artículo 46° del Reglamento del Congreso de la República señala que durante el periodo denominado interregno parlamentario, subsiste la Comisión Permanente, la cual ejerce funciones de control. Del mismo modo, el artículo 42° del precitado Reglamento consigna que la Comisión Permanente ejerce sus funciones incluso en el interregno parlamentario derivado de la disolución del Congreso. Cabe resaltar entonces que a la Comisión Permanente *a posteriori* de la disolución del Congreso tiene atribuciones netamente residuales, esto es, existe sólo para que se sostenga el principio de separación de poderes como indica el artículo 43° de la Constitución política del Estado.

Esta función residual se encuentra contemplada de manera implícita en el artículo 135° de la Constitución cuando indica que el Presidente legisla y da cuenta al Congreso de la República para que este los eleve al nuevo Congreso a través de informes de control. Pero la pregunta es: ¿bajo qué parámetros o base jurídica se elaboran estos informes si existe vacío constitucional en este aspecto?

Para responder la anterior pregunta, se cita el informe recaído en el decreto de urgencia N°014-2020 que regula disposiciones generales necesarias para la

negociación colectiva en el sector público en cuya página 11 punto b.2, se consigna lo siguiente:

Dado que no hay disposición alguna que exima a los decretos de urgencia el artículo 135° de la Constitución Política de los requisitos formales usuales para la emisión de normas con rango de ley por parte del Ejecutivo, se puede afirmar que estas normas requieren para su emisión, tal como los decretos de urgencia el numeral 19 del artículo 118° de la Constitución política del refrendo del Presidente del Consejo de Ministros y la aprobación del consejo de ministros. En tal sentido, se puede concluir que los requisitos formales para su aprobación son los mismos que los exigidos para los decretos de urgencia ordinarios.

Asimismo, es fundamental señalar que, en la búsqueda de maximizar el respeto y la vigencia el principio democrático y de separación de poderes, establecidos esencialmente en los artículos 43° y 44° de la Constitución Política, los requisitos de los decretos de urgencia en normalidad constitucional, son los criterios de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad señalados ampliamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde luego, estos criterios se aplican a los ajustes razonables que corresponden a las circunstancias específicas que existen en una situación de interregno parlamentario.

En tal sentido, coincidimos con los fundamentos expuestos en el precitado informe de la Comisión Permanente, toda vez que el decreto de urgencia en interregno parlamentario sigue siendo tal, con la misma naturaleza jurídica utilitaria, sólo que ya no se le exige al Presidente que el contenido objeto de urgencia se limite a materia económica y financiera, es más, tampoco se prohíbe legislar en materia tributaria; por lo tanto, hasta la instalación del nuevo Congreso, el Presidente legisla con cierta libertad, pero se tiene que limitar a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional sin menoscabar las denominadas cláusulas pétreas, como es el caso de la violación de Derechos Humanos o el principio democrático, pues su abolición o modificación implicaría destrucción del Estado de Derecho.

Es decir, su objetivo debe ser revertir el daño causado que se pretende resolver o menguar su impacto gravoso, se debe sujetar estrictamente a los mismos criterios con la salvedad que sólo el nuevo Congreso puede efectuar control político

sobre los decretos de urgencia; por lo que, se concluye en este extremo que los decretos de urgencia controlados por la Comisión Permanente, tienen carácter residual y sus informes son meramente recomendatorios al nuevo Parlamento.

6. Conclusiones

- a) Sobre la base del desarrollo de cada uno de los elementos indicados, se puede decir que la naturaleza jurídica del decreto de urgencia es aquella que lo concibe como una fuente de derecho con rango y fuerza de ley que emana del Poder Ejecutivo, más específicamente, del gobierno central y que solo se pueden emitir de manera excepcional ante una situación de urgencia en materia económica y financiera, no se le puede otorgar contenido tributario y que; así como es excepcional también es provisional. Del mismo modo, su emisión debe cumplir con requisitos *ex ante*, pues se trata de una resolución que debe versar sobre interés nacional no sobre intereses particulares y que debe estar refrendado por el presidente del consejo de ministros y el Presidente del gobierno previo acuerdo del consejo de ministros, el cual debe estar bajo la constancia del acta de sesión correspondiente del consejo de ministros.

526

Asimismo, su emisión debe sujetarse al principio de necesidad en la medida que solo puede dictarse si el trámite ordinario de expedición de leyes impide la prevención de daños o la reversión de los mismos; en ese sentido, también debe someterse al principio de conexidad que exige una vinculación inmediata entre la medida que se pretende aplicar y las circunstancias extraordinarias que sustentan la existencia del decreto de urgencia.

- b) Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional que debe tomar en consideración tanto el Poder Ejecutivo al momento de emitir los decretos de urgencia y el Poder Legislativo al momento de efectuar control político son los de excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad los cuales, de no cumplirse, serán observados en el control jurídico que ejerce el Tribunal Constitucional, el cual realizará un juicio de validez o invalidez del decreto de urgencia si se somete a su judicatura una demanda de inconstitucionalidad.
- c) Es correcto afirmar que el control político que ejerce el Parlamento se sustenta en la representación política que cristalizan sus integrantes; ya que,

son el reflejo de determinados sectores de la sociedad, lo que significa que, dentro de este poder del Estado, habitan diversos intereses que pueden ser coincidentes o en pugna y que se atienden en función a la discrecionalidad que implican las reglas del juego de poder dentro de un sistema democrático.

En ese sentido, la forma como se ejerce el control político va a depender de las relaciones que se produzcan entre las mayorías y las minorías parlamentarias que se sustenta en la conveniencia o inconveniencia de sus intereses, por eso, no se podría decir que si el Parlamento no controla un decreto de urgencia, éste renuncia a su derecho de controlarlos *ex post*, pues existe discrecionalidad, la cual se puede fundamentar en diferentes motivos que atañen pues a los intereses que la sociedad haya puesto en el Congreso para que sean representados.

- d) Por otro lado, este control político difiere del control jurídico en la medida que el razonamiento jurídico siempre se va a sustentar en la evaluación de validez o invalidez del presupuesto normativo que para ello existen parámetros a los se deben adscribir los magistrados para poder determinar dicha validez o invalidez; por ello, el control jurídico se despoja de intereses y de subjetividades para trascender al ámbito de la imparcialidad. Todo esto, desde luego, en el mundo del *deber ser*.
- e) El decreto de urgencia en interregno parlamentario sigue siendo tal, con la misma naturaleza jurídica utilitaria, sólo que ya no se le exige al Presidente que el contenido objeto de urgencia se limite a materia económica y financiera, es más, tampoco se prohíbe legislar en materia tributaria; por lo tanto, hasta la instalación del nuevo Congreso, el Presidente legisla con libertad, pero se tiene que limitar a los criterio establecidos por el Tribunal Constitucional, es decir, su objetivo debe ser revertir el daño causado que se pretende resolver o menguar su impacto gravoso.

7. Recomendaciones

- a) Se recomienda a los operadores que ejercen representación parlamentaria, presenten, debatan y aprueben una ley de desarrollo constitucional respecto del artículo 118° inciso 19) de la Constitución que tome como referencia la ley N°25397 de fecha 31 de enero de 1992, ley denominada como “ley de

control parlamentario sobre los actos normativos del presidente de la República”. Como se mencionó en su oportunidad, esta ley estuvo vigente tan sólo por unas pocas semanas hasta el auto golpe de Estado perpetrado por el ex Presidente Alberto Fujimori, pero ese contenido debe ser ampliado y modernizado en el sentido de que las limitaciones al decreto de urgencia deben tener en consideración presupuestos habilitantes coherentes con la realidad actual y tomar como premisa fundamental la salvaguarda del principio de separación de poderes sin que ello implique que el Poder Ejecutivo ejerza abuso en la emisión del decreto de urgencia, pues la idea es que la cantidad de los decretos de urgencia sea razonable y su calidad coherente.

- b) Se recomienda a los operadores que ejercen representación parlamentaria, presenten, debatan y aprueben una ley de desarrollo constitucional respecto del artículo 135° de la carta fundamental a efectos de que el Poder Ejecutivo emita decretos de urgencia dentro de los criterios fijados por el Tribunal Constitucional a efectos de que no se aproveche la discrecionalidad para reformar la Constitución, leyes orgánicas o el reglamento del Congreso de la República, pues ello si constituiría una afrenta al principio de separación y equilibrio de poderes contemplado en el artículo 43° de la Constitución política del Estado.

528



Bibliografía

- ARANA, E. (2013). Revista de administración pública. *Uso y abuso del decreto-ley*, (191). 337-365. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386736>
- BENTHAM, J. (1823). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Recuperado de: http://oll-resources.s3.amazonaws.com/titles/278/bentham_0175_EBk_v6.0.pdf
- Congreso de la República. (11 de julio de 2014). Ley de Contrataciones del Estado. [Ley N°30225]. DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>
- Congreso de la República. (3 de febrero de 1992). Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República. [Ley N°25397], DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/86059C73FC81F35405257E43006CFCD/\\$FILE/L25397.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/86059C73FC81F35405257E43006CFCD/$FILE/L25397.pdf)

- Congreso de la República (25 de febrero de 2020). Informe recaído en el decreto de urgencia 024-2020 que regula disposiciones necesarias para la negociación colectiva en el sector público (a folios 12). DO: Portal Institucional del Congreso de la República. Recuperado de: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Decretos/Urgencias/2020/INFORME-FINAL-014-2020.pdf
- Congreso de la República (Julio de 2020). Reglamento del Congreso de la República. DO: Portal Institucional del Congreso de la República. Recuperado de: [http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-congreso-\(2020-mayo-15\).pdf](http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/reglamento/reglamento-congreso-(2020-mayo-15).pdf)
- Constitución Política del Perú del Perú [Const.] (30 de diciembre de 1993). 13era Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf
- DELGADO-GUEMBES, C. (1998). *Régimen de Gobierno y Poder Presidencial*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/8970675/CDG-Regimen-de-gobierno-y-poder-presidencial-en-el-Peru#download>
- ESTÉVEZ, J. L. (1956). Anuario de filosofía del derecho. *Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica"*, (4). 159-182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057273.pdf>
- LANDA, C. (2003). Pensamiento Constitucional. *Los decretos de urgencia en el Perú*. 9(9). 131-148. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3320/3164>
- PLANAS SILVA, P. (1993). Ius et Veritas. *Decreto de urgencia y "medidas extraordinarias". Notas para una tipificación*, (7). 133-158. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404/15856>
- Presidencia de la República. (19 de marzo de 2020). Dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control de COVID-19. [Decreto de Urgencia N°028-2020]. DO: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/569060/DU028_2020.pdf
- Tribunal Constitucional. (20 de abril de 2005) Sentencia 708-2005-PA/TC. Fundamento 7. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00708-2005-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (20 de septiembre de 2011). Sentencia N°0004-2011-PI/TC. Fundamentos 4 y 5. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2011-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (6 de noviembre de 2018). Sentencia N°0006-2018-PI/TC. Fundamento 75. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00006-2018-AI.pdf>