

“De los decretos de urgencia  
en general”

Por

Emilio Tafur Charun

# I

## Antecedentes

El artículo 211. 20 de la derogada Carta de 1979 regulaba como atribución del Presidente de la República, el dictado de medidas extraordinarias de acuerdo a lo siguiente:

“Administrar la hacienda pública; negociar los empréstitos; y *dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso*”. (Las cursivas son nuestras)

Como veremos a lo largo de este epígrafe la Asamblea Constituyente que redactó la Carta de 1979

descartó expresamente lo que en su acepción jurídica rigurosa constituyen “decretos de urgencia”. Pero la atribución presidencial consistente en la dación de medidas extraordinarias en materia económica y financiera a que se refiere el mismo artículo 211.20 de la Carta de 1979 se mantuvo indemne a lo largo del debate, y formó parte del articulado de tal Constitución. A estas “medidas” se les otorgó indebidamente la forma normativa de “Decreto Supremo”. Esto generaba aún más confusión pues sabido es que bajo la denominación de “Decretos Supremos” se configuran una serie de modalidades preceptuales como son los “decretos supremos ejecutivos”, los “decretos supremos autónomos”, los “decretos supremos independientes”, y los “decretos

supremos autoorganizativos”. De otra parte y como ya lo hemos insinuado, los auténticos Decretos de Urgencia que fueron denominados “Decretos Leyes” en el proyecto, fueron expresamente descartados por la Asamblea constituyente. Así pues y por lo expuesto, se puede afirmar que los Decretos Supremos – a los que agregaremos el adjetivo de “Extraordinarios”- entraron al Derecho patrio por la puerta trasera.

Según BERNALES BALLESTEROS (1989:151):

“(...) el Partido Popular Cristiano propuso a la Asamblea un proyecto que incluía expresamente los decretos de urgencia, bajo la modalidad de decretos-leyes. La Asamblea no aceptó tal temperamento de tal manera que el inciso 20 carece de antecedentes que

abonen la posibilidad de considerar las medidas extraordinarias como decretos-leyes. Antes bien, hay fundamento para sostener que la deliberación constituyente fue más bien en sentido contrario, evitando que por esa vía que el Ejecutivo pudiere legislar”.

En tal sentido, Pedro Planas Silva (1993:140) daba cuenta que, “En sesión del 23 de mayo de 1979, la Comisión Principal revisó el título en torno a la Estructura del Estado en función de los criterios expresados en el debate de la Asamblea. El constituyente Enrique Chirinos Soto (PAP) propone suprimir, dentro de las atribuciones de la Comisión Permanente, la de "autorizar al Presidente de la República a dictar decretos de urgencia con fuerza de

ley", preocupado por el significado limitativo de la "autorización". El constituyente Ramírez del Villar transó y recomendó que las atribuciones de la Comisión Permanente sean aquellas "que le señala la Constitución y el Reglamento del Congreso", tal como quedó establecido en el artículo 185 de la Constitución de 1979.

Así se suprimió la referencia al decreto de urgencia en el primero de los cinco artículos reseñados; sin embargo, aún quedaban cuatro. Entre ellos, un artículo expreso (artículo 195) y otro, que distinguía entre decretos legislativos y decretos de urgencia (artículo 196). Los constituyentes Roger Cáceres Velásquez (FNTE) y Enrique Chirinos Soto (PAP) consideraron que ambos artículos, al consagrar el

decreto de urgencia, reforzaban en exceso las facultades del Presidente de la República y que era conveniente suprimir el instituto. Ramírez del Villar (PPC) aceptó la supresión y así fue votada y aprobada la eliminación de los decretos de urgencia de la Constitución de 1979°. Como era evidente, a propuesta del propio constituyente Enrique Chirinos Soto, también fue suprimida la mención al decreto de urgencia dentro del artículo que consignaba las atribuciones del Presidente de la República.

Paralelamente, la figura de las "medidas extraordinarias en materia económica y financiera", considerada también dentro de las atribuciones del Presidente de la República, siguió su curso sin mayor debate. Fue ratificada por la Comisión Principal y

aprobada, luego, en la Asamblea Constituyente, con el tenor propuesto por la Comisión que es el mismo que figura como inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979”.

Sin embargo, y una vez entrada en vigencia la Constitución de 1979, tal parece que esta fuente extraordinaria de Derecho -"medidas extraordinarias en materia económica y financiera"-, permaneció en una suerte de “vacatio legis” de facto, pues no es sino hasta el año 1983, que se empieza a hacer uso de la misma. Según Francisco EGUIGUREN (1986:171), “(...) dicha norma pasó virtualmente inadvertida para los analistas de la nueva Constitución, adquiriendo luego gran notoriedad sólo a raíz de su empleo

profuso y distorsionado tanto en el anterior gobierno como en el actual.”

El mismo Eguiguren (1986:176) agrega que:

“Tenemos casi la certeza de que los constituyentes no tomaron plena consciencia de la nueva institución que estaban introduciendo en la Carta Constitucional, lo que se evidencia en la virtual ausencia de debate y fundamentación sobre la materia, y en las omisiones y confusiones presentes en el texto final. Por ello no faltan quienes sostienen que los llamados decretos de necesidad y urgencia fueron rechazados y excluidos en el proceso constituyente; pero al afirmarlo no alcanzan a descubrir que los constituyentes (no sabemos si queriéndolo o no) plasmaron una atribución presidencial que permite dictar medidas

extraordinarias en materia económica y financiera sin necesidad de requerir autorización previa alguna del Parlamento y con cargo a rendirle ulteriormente cuentas a éste.”

Decía Pedro Planas Silva (1993:146) que, el revuelo doctrinal -y político- surgió a mediados de 1983, al expedirse, apelando al inciso 20, los decretos supremos 100-83- EFC, 175-83-EFC, 179-83-EFC y 198-83-EFC, vinculados todos ellos con operaciones de renegociación de la deuda externa.

Curiosamente, como bien dice Herrera Vásquez (1996:241), las «medidas extraordinarias» fueron aprobadas *casi inadvertidamente*, sin sufrir modificación la propuesta de la Comisión Especial de Poderes del Estado, resultando el tenor del artículo

211, inciso 20 de la Carta de 1979”. (Las cursivas son nuestras).

Así las cosas, durante un buen tiempo nadie vio el gorila color rosado de quinientos kilos de peso que se paseaba por el salón.

El uso que distintos gobiernos hicieron de esta fuente de derecho fue excesivo y hasta frenético. Un uso incontrolado; aunque no resultaría apropiado en este caso hablar de uso, sino de “abuso”.

Así, mediante estos decretos supremos “*extraordinarios*” se regularon sistemáticamente distintas materias de orden financiero y económico, específicamente, de naturaleza tributaria, presupuestaria (créditos suplementarios) y control de

moneda extranjera. (Tafur Charun, Emilio. (2015: 146)

Contaba Pedro Planas Silva (1993:146) que, entre 1980 y 1992 -antes del 5 de abril-, César Landa había podido detectar la espeluznante cantidad de 2,579 "medidas extraordinarias" derivadas de este inciso 20. De ellas, corresponden 667 al periodo constitucional del presidente Belaunde; 1,338 al presidente García y 574 a los veinte meses en que el ingeniero Fujimori actuó como Presidente Constitucional.

En cuanto a los desencuentros inter-orgánicos, entre congreso y poder ejecutivo, la dación de esta cantidad exorbitante de decretos supremos extraordinarios- entre otras contingencias- devino, entre otras razones- en la crisis constitucional que concluyó con el golpe

de estado del 5 de abril de 1992 conducido por el Presidente Fujimori.

Jiménez Mayor (1994:158) explica muy bien cómo se configuró esta coyuntura:

“La actitud de hostilidad del Gobierno se reflejó en muchos ámbitos, como en el abuso de la utilización de figuras constitucionales extraordinarias, como son los decretos supremos de urgencia que dispone el inciso 20) del art. 211 de la Constitución. Su uso fue por decir lo menos, exagerado, transformando las más diversas normas del Estado y legislando a través de decretos, con prescindencia de los mecanismos legales, desnaturalizando la institución en lo que compete a lo extraordinario y urgente de la medida”.

Pero hay más. El artículo 132 de la Constitución de 1979 disponía que:

“En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario.”

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 no hubo, en líneas generales, acuerdo en la doctrina nacional sobre la naturaleza y alcances del artículo 132. No se pudo deslindar la naturaleza de esta facultad de intervenir la actividad económica con la establecida en el artículo 211.20 de la derogada carta. Inclusive, hubo casos de decretos supremos “extraordinarios” cuyo dictado se fundamentaba tanto en el artículo 211.20 como en el artículo 132. (Tafur Charun, Emilio (2015:147))

Aunque ya es muy tarde pues ambos artículos constitucionales no están más en vigencia, consideramos que no es un ejercicio inútil decir algunas palabras sobre este asunto. Nos atreveríamos a decir que en una Constitución, como la de 1979, que consagraba una intensa participación del Estado en la economía, resultaba completamente fuera de lugar una norma como la del artículo 132. Esta norma partía de un supuesto claro: el estado en condiciones de normalidad no interviene en la economía. En otras palabras, el lugar de una norma como la contenida en el artículo 132 correspondía a una Constitución de un Estado gendarme y liberal. Esto es, Estado gendarme en tanto “sistema que hace del mercado la clave de la asignación de recursos, la gran motivación para la

intervención del Estado se orientará a corregir las deficiencias de la competencia y se restringirá su iniciativa empresarial a sectores como servicios públicos sociales (Salud, educación, asistencia social, etc.) y otros que por su baja rentabilidad no son atractivos a los inversionistas privados (tales como infraestructura vial y energética).(Ochoa Cardich, 1985:233). Sobre el particular, el mismo Ochoa Cardich (1990:194) manifiesta que: “El Estado ante la defensa de la individualidad conlleva una desvalorización de éste que queda reducido a un Estado mínimo relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno (night-watchman state) limitado a velar por los derechos individuales,

imposibilitado de restringirlos en función del interés social o público”.

Sí, pues, el artículo 132, era un dispositivo más apropiado para un Estado gendarme y liberal.

El Estado diseñado por la carta de 1979 era pues, potencialmente intervencionista. Al respecto baste con citar el artículo 110 de esta Constitución que a la letra dice: “El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa

del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores”. (Tafur Charun, Emilio (2015: 148-149)

Así, OCHOA CARDICH y KRESALJA (1999:734) refieren que es con la Carta de 1979, que dedicó su Título III al «Régimen Económico», que se inicia la configuración de una Constitución Económica propiamente dicha, sistematizada y orgánica, mediante la recepción tardía de un Estado Social de Derecho que combinaba el reconocimiento de la iniciativa privada dentro de una «economía social de mercado», con un rol potencialmente intervencionista del Estado en las relaciones económicas y con una presencia significativa de empresas públicas.

Sobre este mismo tema, aun cuando en otro trabajo, OCHOA CARDICH (2013:112) aludía al régimen económico de la Carta de 1979, como sigue:

“La Constitución peruana de 1979, en su artículo 115, proclamó como sistema económico constitucional a la *economía social de mercado* y estableció, dentro de los principios del Régimen Económico, la habilitación al Estado de reservarse actividades productivas o de servicios. Esta reserva constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acuerde por ley y que se declare la existencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y de seguridad nacional.”

En fin, es el profesor Ochoa Cardich (1990:199) quien alude al artículo 132 de la Carta de 1979 del modo siguiente:

“A nuestro juicio, debemos precisar que dentro del ordenamiento jurídico peruano la intervención es una institución de Derecho Administrativo, constitucionalizada por el artículo 132 de la Constitución de 1979, constituyendo una restricción a los principios de libre iniciativa privada y al de libertad de industria y comercio, establecidos en los artículos 115 y 131 de la Constitución, así como del derecho de propiedad privada sobre el cual es viable el ejercicio de la libertad de empresa”.

Por nuestra parte y sin embargo, creemos que nunca resultó necesaria la inclusión de la potestad contenida

en el artículo 132 de la Constitución de 1979. Ya el poder ejecutivo estaba investido por el artículo 211.20 de la potestad de dictar medidas de urgencia, en materia económica y financiera cuando así lo requiriese el interés nacional. Incluso, como ya se dijo, el poder ejecutivo dictó una pluralidad de medidas de urgencia basándose, además de en el artículo 211.20, en el aludido artículo 132. Si de lo que se trataba era de establecer una norma específica para el caso de restringir, intervenir o interferir la actividad empresarial privada, resultaba suficiente el artículo 114 de la misma Constitución. Como hemos visto, el artículo 114 disponía que: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de

servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos”.

El único aspecto que podría configurar un contraste entre los decretos supremos de urgencia y las medidas del artículo 132 de la Carta de 1979 es que este último atribuye también tal potestad al Estado y no sólo al Presidente de la República, como es en el caso de las medidas dispuestas en el artículo 211.20. Esto es, habrían contado también con esta potestad el Congreso de la República, las regiones, los municipios, las administraciones públicas autónomas en cuanto tengan un ámbito de competencial de virtualidad económica y financiera. (Tafur Charun, Emilio (2015: 150-151)

Reiteramos la pregunta: qué organismos incluía el término “Estado”, al cual aludía el artículo 132. Podría ser el Congreso (mediante Ley) o el Poder ejecutivo. No se descartaría tampoco que los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales hubieran podido ejercer esta potestad dictando medidas cuando la situación de crisis grave o emergencia se configurase dentro de su correspondiente ámbito territorial y afectara sus intereses respectivos y con estos, su ámbito privativo competencial.

El artículo 132 de la Carta de 1979 no podía ser calificado sino como un “texto anómalo”. Esto es, implicaba un resquebrajamiento de la Carta de 1979

en su coherencia sistemática en materia económica y financiera. (Tafur Charun: (2015:151)

Sin embargo, es pertinente citar a Domingo García Belaunde (1994:31), cuando refiriéndose a situaciones como la reseñada con relación al artículo 132 de la Carta derogada, afirma que:

“En caso de que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma. En los últimos tiempos se ha hecho referencia al serio problema de la ponderación de valoraciones en el mundo jurídico, en el sentido de que en un mismo texto pueden entrar en cuestión valores contrapuestos, en donde aparentemente una norma va en desmedro de otra a tal punto que se ha alegado la existencia de normas

constitucionales que en realidad son inconstitucionales. Esto puede ser cierto en el orden de los valores, pero no debe serlo en el orden formal, que es el baremo final al cual se remite como cierre toda interpretación.

Por cierto, dentro de la Constitución no todas las normas son iguales; así, hay normas generales, otras más precisas, otras que necesitan reglamentación, otras, en fin, que son transitorias o reflejan tan sólo declaraciones de largo alcance (como los preámbulos). Pero si tomamos dos normas en pie de igualdad, y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal

de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma (en tanto y en cuanto no sea modificada)”.

## II

### Naturaleza jurídica

Es el artículo 118.19 de la Constitución de 1993 el que define como potestad del Presidente de la República el dictar Decretos de Urgencia:

“Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso

puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

A continuación nos ocuparemos de algunos aspectos referentes a los Decretos de Urgencia, los mismos que consideramos de la mayor importancia, tales como su naturaleza jurídica, virtualidad normativa, y ámbito material de competencia.

En primer lugar, resulta por demás importante citar a SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (2015:96) cuando se refiere a la *ratio* de las normas de excepción:

“A lo largo de la historia de la utilización de normas gubernamentales con rango de ley, se han visto aparecer casi todas las justificaciones posibles de dicha práctica: la necesidad como fuente del Derecho,

que permite sustituir la legalidad ordinaria por otra de excepción en cuyo marco es posible, naturalmente, hacer ceder el régimen de la separación de poderes y, con él, el de la atribución de la función legislativa, para atender a la defensa de un bien jurídico perentorio y más fuerte. Igualmente la urgencia es el motivo de que, si el Parlamento no puede dar respuesta a las necesidades inminentes, deba el Gobierno extender su función de gestor. La atención inmediata de los problemas permite esta sustitución provisional de papeles que, incluso, como hemos visto en algunas experiencias históricas, admite una ratificación ulterior por el Parlamento de lo hecho por el Gobierno.

De esta manera, al suponer la dación de Decretos de Urgencia una subversión del orden normal de competencias y ser, en alguna medida, una válvula de escape del sistema de competencias; y al descansar uno de sus supuestos habilitadores en el *interés nacional*, esto es, en un criterio estándar o concepto jurídicamente indeterminado, tal dación debe ser un recurso de extremo uso excepcional. (De la Morena y de la Morena. 1978:169).

Sobre el mismo tema, García de Enterría y Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 445-446) opinan que:

«Las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio del interés público, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la

administración como organización; positivamente, la administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés lo exija, obligación que marca incluso las potestades más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino un mecanismo técnico preciso, esta ‘adherencia al fin’ (público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades».

García de Enterría, (García de Enterría 1962: 168) enseña que cuando, entre otros, la potestad discrecional encuentra sus límites en lo que al fin de la misma se refiere. El fin es un elemento reglado de la potestad. En efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con

podere discrecional, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Como un adelanto de la noción de “medidas” en concreto y su relación con los fines de interés público, es de citar a Tomás Ramón Fernández (Fernández 2002: 161) cuando indica que las normas de urgencia no serán arbitrarias «solo si tales medidas persiguen una finalidad de interés general y respetan al propio tiempo el principio de proporcionalidad, es decir, si son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que pretenden lograr y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo».

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2001: 338), sostienen:

Que la dación de medidas de urgencia no puede ser abusivamente ejercida. Es una potestad claramente excepcional y no de uso ordinario o general y que ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de objetiva “necesidad”, y necesidad de claro interés general. Se alteran las competencias normales por razones también excepcionales y estrictamente valoradas, y de interés general que resulten objetivables y visibles. Por la naturaleza de su virtualidad normativa y las circunstancias propias y especiales de su dación de acuerdo a los supuestos habilitadores, las normas de urgencia no pueden ser catalogadas sino como “medidas”.

En lo que respecta al ámbito material de competencias de los decretos de urgencia queda claro que los mismos se circunscriben a la regulación de materia económica y financiera, una vez configurados los supuestos habilitadores, claro está. Sobre la materia económica y financiera, y con cargo a definirla de modo ulterior a través de una marcada concretización, podemos indicar lo siguiente:

“Las Finanzas Públicas constituyen la actividad económica del sector público, con su particular y característica estructura que convive con la economía de mercado, de la cual obtiene los recursos y a la cual le presta un marco de acción.

Comprende los bienes, rentas y deudas que forman el activo y el pasivo de la Nación y todos los demás

bienes y rentas cuya administración corresponde al Poder Nacional a través de las distintas instituciones creadas por el estado para tal fin. El Estado para poder realizar sus funciones y afrontar sus necesidades públicas, debe contar con recursos, y los mismos se obtienen a través de los diferentes procedimientos legalmente estatuidos y preceptuados en principios legales constitucionales.

Las finanzas públicas establece; estudia las necesidades; crea los recursos; Ingresos; Gastos, El estado hace uso de los recursos necesarios provenientes de su gestión política para desarrollar actividades financieras a través de la explotación y distribución de las riquezas para satisfacer las necesidades públicas (individuales y colectivas).”

Disponible

en

<https://www.eleconomista.es/diccionario-de-economia/finanzas>

Por nuestra parte, es correcto precisar que la materia económica y financiera es muy amplia. De una forma u otra, cualquier materia puede tener un substrato económico y financiera. Por lo que para efectos prácticos lo correcto sería enumerar algunas materias que sin lugar a dudas forman parte de la misma. Así, por ejemplo, tenemos las siguientes materias: tributos, presupuestos, regulación del crédito, regulación de la moneda, políticas antiinflacionarias, políticas antirecesión, tasas de interés, fijación de tarifas, administración del tesoro público, supervisión del sistema financiero, crédito público, emisión de

bonos y otros valores, regular el gasto público, fomentar la inversión, administración de bienes públicos, contratación de bienes y servicios, regulación de precios, fijación de encaje, regulación de las reservas del fisco, administración de la deuda pública, balanza de pagos, fijación de tasas de reajuste de deudas (estabilización), infraestructura, servicios públicos.

Sin embargo y entre algunas de las materias acabadas de citar, las hay las que escapan al modelo de la Constitución vigente. Por ejemplo, fijación de tarifas y control de precios.

En todo caso corresponderá al Supremo Intérprete y al Congreso, caso por caso, determinar si en realidad se configura en el decreto de urgencia dado, la materia

económica y financiera, sin olvidar que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado y existe en algún grado, un elemento de discrecionalidad.

Pero, según el artículo 74 de la Constitución los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Ello se explica simplemente en la necesidad de suprimir esta materia dado el funesto precedente que supuso la creación indebida de tributos a través de decretos supremos “extraordinarios” bajo la Constitución de 1979.

De otro lado, no deja de ser interesante el artículo 135 cuyo texto es como sigue:

“Reunido el nuevo Congreso, puede censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo

haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, *el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia*, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.” (Las cursivas son nuestras)

Al respecto, solo tenemos una pregunta: ¿Qué pasa si durante el interregno se requiere con urgencia la creación de tributos para financiar un súbito déficit fiscal?

Entendemos que el texto constitucional debe hallar su propia sistematicidad y coherencia. Y ya hemos visto hasta el cansancio que las situaciones emergentes y de urgencia hacen saltar y modificar el esquema

normal y ordinario de competencias. Ello, porque se trata de cautelar los fines de interés general. No existe otra explicación. Por ello creemos, que ante una emergencia de naturaleza tributaria y estando vigente el interregno, los decretos de urgencia podrán regular materia tributaria. Al respecto, y como refuerzo de nuestro aserto, es de citar a Jean RIVERO (1951:295) cuando alude al “estado de necesidad normativa” del siguiente modo:

“Es propio de la naturaleza de la acción, gubernamental del poder, si el interés público lo exige, liberarse de la letra de la ley cuando ésta paralizaría peligrosamente iniciativas necesarias, de donde se deriva la teoría de las «circunstancias excepcionales» que reconocen en tiempo de crisis la

legalidad de las decisiones necesarias aun cuando hayan sido tomadas éstas *praeter lege* o incluso *contra lege*.”

Queda claro que una vez concluido el interregno tales decretos se elevarán al Congreso.

Se debe notar, asimismo, que el interregno puede durar hasta más de cuatro meses contados desde la fecha de disolución (art. 134).

### III

## “medidas”

Un buen ejemplo de lo que es una “medida” lo encontramos en el Decreto de Urgencia N° 018-2022 el cual tiene por objeto establecer medidas que

permitan garantizar la capacidad de respuesta en la atención de salud con la disponibilidad de los recursos humanos necesarios para sostener la operatividad del sistema de salud en todos los niveles de atención, frente a la pandemia causada por la COVID-19 y dictar otras disposiciones. Otro ejemplo es el Decreto de Urgencia N° 011-2022 el cual tiene por objeto establecer medidas extraordinarias complementarias, en materia económica y financiera, para que las empresas del sistema financiero con sus recursos propios puedan reprogramar los créditos garantizados con el Programa “Reactiva Perú”, para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del COVID-19; así como para financiar actividades de promoción de la inversión privada

mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, así como sus gastos operativos, a fin de coadyuvar a la recuperación de la inversión pública y privada. Finalmente, el DECRETO DE URGENCIA N° 010-2022 que tiene por objeto aprobar medidas extraordinarias en materia económica y financiera que permitan el aseguramiento de la comercialización de hidrocarburos a nivel nacional y mantener la continuidad de la cadena de pagos, a través del otorgamiento excepcional de un Apoyo Financiero Transitorio a favor de la empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A., así como a autorizar la emisión de Documentos Cancelatorios - Tesoro Público destinados al pago de derechos arancelarios e impuestos asociados a las compras de crudo y

productos combustibles que realice PETROPERÚ S.A., así como cualquier otro impuesto a cargo de dicha Empresa por sus operaciones de comercialización de combustibles.

Se ha escrito mucho sobre las “leyes medidas”. Sin embargo, a nuestro entender, la mejor definición de las mismas es brindada paradójicamente por un eximio civilista. Aun cuando las denomina “Leyes de circunstancia”, el profesor Osterling Parodi (1987:16-17) define las leyes medidas como que:

“La intervención del legislador no está ya destinada a dictar la norma imperativa a la que deben someterse los contratantes. El legislador no se limita a fijar las condiciones y efectos del contrato a concertarse.” El legislador de emergencia” empieza a regir los propios

contratos vigentes. Moratorias, congelación de precios y arrendamientos, suspensión de acciones judiciales, resolución de los contratos en curso, son las características de estas nuevas corrientes legislativas.

Leyes de circunstancias» las llaman. La equidad, el interés social, el orden público, obligan al “legislador de emergencia” a dictar normas aplicables al contrato en curso. Equidad, interés social, son conceptos impregnados de principios morales, nociones subjetivas, cuyo ámbito de aplicación puede extenderse indefinidamente. Orden público, se expresa, empieza a ser todo aquello que el legislador califica como tal y, desde este punto de vista, casi nada escapa a su alcance. La difusión de estas “leyes

de circunstancias” empieza a robustecerse. Su influencia es permanente y se siente en nuestro tiempo.”

Una definición de las «medidas» o «leyes medidas», es la que proveen García de Enterría y Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 85) cuando sostienen:

«Estas leyes o normas escritas, ya lo hemos visto, han dejado de ser un precepto orientado a definir una justicia abstracta para convertirse en una voluntad ordenada a un fin político concreto, a una conformación política determinada. Esos fines políticos expresan o deben expresar verdaderas necesidades públicas (industrializar o desarrollar una región deprimida, por ejemplo, aumentar o disminuir

el gasto público para levantar la onda baja del ciclo económico o reducir la inflación, promover la inversión; en general, atender a ‘los principios rectores de la política social y económica’ que la Constitución impone) [...]. Y en ese sentido se legitiman como determinaciones públicas y como contenidos de una norma; pero al convertirse tales fines en instrumento inmediato de esta, la norma no se propone ya otra cosa que el resultado político que se intenta conseguir, haciendo abstracción de todos los problemas de justicia que para llegar a tal resultado final han de plantearse necesariamente» .

Otra definición de “Ley-medida”, que me parece importante citar pese a su brevedad, es la que formula Rafael Gómez–Ferrer Morant (1987:14):

“Son leyes que se dictan para una finalidad concreta y con un contenido adecuado a dicha finalidad”.

Ángel Acedo Penco (2010-77), aunque las llama “medidas legislativas”, las define como medidas de carácter excepcional para afrontar determinadas situaciones imprevistas de gran repercusión social.

Se ha hablado, dice Luis Díez Picazo (Díez Picazo 1988: 11), de las leyes medida, que son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto, a adoptar medidas de situación, leyes por consiguiente sin ninguna pretensión de perennidad.

La ley se va convirtiendo asimismo en un instrumento de carácter tecnocrático, muy relacionada con las coyunturas económicas (por ejemplo, la ley de aprobación de un plan económico).

Sin embargo, la definición de “medida” realizada por el Tribunal Constitucional es más bien pobre:

“Leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito reducido de destinatarios” (artículo 103° de la Constitución) (EXP. N.° 005-2003-AI/TC).

De acuerdo a esta última definición cualquier norma que verse sobre asuntos concretos y singulares que afecten a una pluralidad reducida de administrados, sería “ley medida”.

Así, pues, y según García de Enterría (1979:82) las normas de urgencia constituirían “medidas” (en su acepción jurídica rigurosa), que de darse los supuestos habilitantes, esto es, *estado de necesidad normativa*, subvierten el orden normal de las

competencias de naturaleza económica y financiera, y en tal sentido, constituyen auténticas normas de intervención. “En casos de necesidad y en virtud del principio “salus publica lex” esto se entiende que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite a que se tramite y apruebe una Ley)”.

Por nuestra parte y provisionalmente, nosotros definiremos los probables “reglamentos jurídicos medida” –formalmente en cuanto decretos de urgencia- como actos concretos o líneas de acción, traducidos en normas de inmediata y singular aplicación, adoptadas por la administración, con la

finalidad, adecuada, valiosa y tutelada por el interés público y el ordenamiento, de enfrentar y solucionar o mitigar los efectos nocivos generados por situaciones o circunstancias singulares, emergentes, concretas y determinadas. No es problema admitir que las «medidas» configuran auténticas normas por reacción. Dado ello, tampoco es problema advertir el substrato *quirúrgico* de las «medidas». También es cierto que las medidas deben ser proporcionales y razonables en relación con el medio empleado y el fin público perseguido.

# IV

## **Control político y jurisdiccional**

El artículo 118.19 de la Carta Política Peruana vigente constituye en rigor una auténtica “cláusula general habilitante para el ejercicio de competencias ajenas”.

La realidad de los hechos nos ha demostrado que por cerca de cuarenta años la dación de Decretos de Urgencia no ha sido excepcional. Es menester, que en cuanto al presupuesto fáctico habilitador para la dación de los decretos de urgencia se debe ejercer control tomando en cuenta la “regla de proporcionalidad y razonabilidad”.

Es nítido, según el artículo 11.4 de la LOPE, que los decretos de urgencia están sujetos al control político del Congreso de la República. Ello supone un gran avance en “la lucha contra las inmunidades del poder político”.

Pero queda pendiente el tema en lo que se refiere a la habilitación de la Jurisdicción constitucional para ejercer además del control de razonabilidad y proporcionalidad, el control de oportunidad y conveniencia.

Por ello en las líneas siguientes elaboraremos algunas consideraciones sobre la conveniencia y la justificación de que la jurisdicción ejerza el aludido control sobre los decretos de urgencia cuando se configure un estado de necesidad normativa.

El tema es más pacífico en el caso del Control parlamentario, pues caben distintos tipos de control (oportunidad, conveniencia, razonabilidad y proporcionalidad). Como bien sostiene RUIZ MOLLEDO (2000:543):

“El parámetro del control parlamentario puede ser básicamente de dos tipos, un control político sobre la base del principio de oportunidad, y un control jurídico, sobre la base del principio de constitucionalidad, pudiendo el Parlamento recurrir a ambos, sin jamás olvidar que la decisión es básicamente sobre la base de un control político, debido a la naturaleza política del Congreso. Incluso hemos sostenido que aun cuando utilizemos el parámetro del control jurídico constitucional, es

inevitable la recurrencia al principio de oportunidad, en la evaluación de los requisitos exigidos por la Constitución”.

No queremos, sin embargo, iniciar el tratamiento del control de razonabilidad y proporcionalidad por parte de la jurisdicción sobre decretos de urgencia, sin antes referir que durante el Franquismo, el Jefe de Gobierno contaba con la facultad de dictar normas de urgencia frente a casos de calamidad pública. Estas normas se denominaban Decretos Leyes. La apreciación de la urgencia en cada caso correspondía exclusivamente al Jefe del Estado. El hecho de que no se diera la urgencia en determinados supuestos no tenía, pues, relevancia jurídica alguna, como tampoco la simple noticia al Gobierno, dada la publicación de las

disposiciones en el *Boletín Oficial del Estado*. (Salas, Javier. (1966:46)

Lo sucedido con ocasión del *putch* de Argelia en 1962, configura un auténtico hecho histórico de punto de no retorno.

Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado (francés) de un recurso dirigido contra un acto producido por el Presidente De Gaulle, en ejercicio de los famosos poderes extraordinarios o dictatoriales del artículo 16 de la Constitución, poderes que utilizó en el *putch* de Argel. Pues bien, para un gran sector de la doctrina el ejercicio de estos poderes extraordinarios, todos los poderes del Estado, que el presidente asume, era infiscalizable ante la jurisdicción contenciosa. El

Consejo de Estado dijo lo contrario. Afirmó que estos poderes exorbitantes, extraordinarios, los cuales podrán incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del Presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, son plenamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando de la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno (...) (García de Enterría, 1972:72-73)

Entrando en materia, diremos que la actuación del Estado, tanto en su sustrato político y jurisdiccional así como meramente administrativo, ha de discurrir hacia la consecución de los fines públicos para el logro del bienestar de los ciudadanos. Así, sin tales fines públicos no se justificaría la actividad de los

poderes del Estado, y menos aun cuando dicha actuación está revestida de la potestad de imperio que les permite profanar el ámbito de lo privado. Ahí donde hallan fines públicos existirán necesariamente potestades o competencias estatales que han de ejercitarse de acuerdo a una rigurosa sujeción al ordenamiento jurídico (principios de constitucionalidad y de legalidad).

Tradicionalmente se ha entendido que los actos discrecionales que revisten la forma de actos de gobierno o de decisiones políticas fundamentales, por el hecho precisamente de ser no reglados o tratarse de conceptos jurídicamente indeterminados, y en tal sentido dejar una libertad más o menos amplia entre una pluralidad de opciones al agente o poder público

que los adopta, no eran recurribles ante la jurisdicción. Esto es, eran inmunes al control jurisdiccional al menos en lo que se refiere al juicio de la razonabilidad y proporcionalidad de su dictado.

Es, por ejemplo, acto discrecional emblemático en nuestro ordenamiento: el dictado por parte del Presidente de la República de decretos de urgencia cuando así lo requiera el interés nacional. Sin embargo, actualmente la tendencia uniforme en el Derecho Comparado es "juridificar", en la medida de lo posible, todas las decisiones del Estado; no dejar cotos inmunes al control de la jurisdicción constitucional). (Tafur Charun, Emilio (2015:158)

La judicialización de las decisiones del Estado se vincula muy estrechamente con la consecución de los

fines de interés público que ha de perseguir toda actuación estatal. La constitucionalidad y legalidad a la que hacíamos referencia no sólo supone la adecuación del acto a los elementos reglados previstos por el ordenamiento -formalidad, plazos, comunicaciones, etc.-, sino también a la oportunidad, conveniencia, proporcionalidad y razonabilidad de su dictado. En rigor, si se han configurado o no los presupuestos facticos habilitadores. Los presupuestos fácticos habilitadores se configurarán si, y sólo si, con ocasión del dictado del acto se han perseguido oportunamente, convenientemente, razonablemente y proporcionalmente los fines de interés público. Y no nos referimos a cualquier fin, aun cuando sea público, sino exclusivamente al fin concreto por el cual la

competencia o potestad –en muchos casos exorbitante- fue otorgada por el ordenamiento. De lo contrario, se estarían malversando fines, y señaladamente competencias o potestades públicas, contraviniendo de un modo frontal el ordenamiento jurídico y el orden normal de competencias, y agravando los principios de constitucionalidad y legalidad. Pero la labor del juez constitucional al momento de hacer esta constatación no se referirá en absoluto al examen de reglas morales, sino que supondrá un ejercicio por el que se evalúe si efectivamente se configuraron los supuestos habilitantes para el dictado del acto (dato objetivo), y si éste se ajusta en cuanto a su oportunidad, conveniencia, proporcionalidad y razonabilidad, al

fin público por el cual la competencia fue otorgada.

(Tafur Charun, Emilio (2015:159)

Sin embargo, el art. 200 de la Carta de 1993 establece que “no le compete al Juez cuestionar la declaratoria del Estado de sitio o de emergencia”. Este mandato queda nítidamente neutralizado, pues siguiendo a Baca Oneto (2012:151-152), “en virtud del texto del último párrafo del propio artículo 200 de la Carta, “que permite la interposición de acciones de habeas corpus y amparo en relación con derechos restringidos o suspendidos durante la vigencia de estos regímenes de excepción, permitiéndosele al Juez examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. Así, si bien no se puede impugnar la declaración misma, sí serán impugnables sus

efectos, al recurrirse los actos concretos tomados en virtud de ella”.

Así pues, entendemos que ha de haber una justificación o motivación suficiente y, en cada caso, basada en la real ocurrencia de los hechos materiales (emergencia, extraordinariedad y sobre todo el “factor tiempo” esto es, la necesidad de obrar rápidamente), para efectos de que se configure la habilitación para el dictado oportuno, conveniente razonable y proporcional, de normativa excepcional y de urgencia, y que esta última esté enderezada a la consecución de los fines de interés público o nacional que a su vez y a ella misma, dan legitimidad, legalidad y constitucionalidad. (Tafur Charun, Emilio. (2015:160)

El tema de la discrecionalidad, de los conceptos jurídicos indeterminados, de la libertad de configuración, de la oportunidad, de la conveniencia, de la razonabilidad, de la proporcionalidad, encuentra en el ordenamiento nacional, *mutatis mutandis* y señaladamente, en la LPAG y en su artículo 4.1.4, un adecuado marco normativo, aun cuando tomado en préstamo del Derecho administrativo:

«Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo

estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

Volviendo al tema de control político, el autor Aldo BLUME (2011:21) sostiene que:

“Cabe precisar que el control llevado a cabo en el ámbito del Congreso de la República es un control de naturaleza política ya que la evaluación no se circunscribe a que el decreto en cuestión haya sido dictado dentro de los márgenes impuestos por la Constitución, conforme a los requisitos que han sido explicados líneas arriba, sino que también se tienen en cuenta criterios de conveniencia u oportunidad. Además, es realizado por un sujeto de naturaleza eminentemente política, como lo es el Congreso de la República.

GARCIA DE ENTERRIA (2004:107) refiere que:

“Sobre el control político por la jurisdicción, diremos que de considerarse normas infiscalizables por los jueces, sea cual sea la vía de fiscalización, es consagrar pura y simplemente a favor del ente emisor una verdadera patente de corso para vulnerar la Ley y el Derecho”.

Como bien anota Javier Salas (1966:65), “La falta absoluta de motivación o la inconsistencia de la misma puede ser indicio de no existir los hechos que justifican el uso del instrumento jurídico de que se trata”.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ (2001:470), sobre este mismo tema, señalan lo siguiente:

“Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así”.

Es de citar a Eloy Espinoza (2013:196), cuando señala que:

“(...) no creemos que pueda hablarse de respuestas «únicas» o «correctas» para todos los temas, sobre todo si lo que está en juego es aquel conjunto de decisiones consideradas centrales para el gobierno de una sociedad determinada. Entonces, y para evitar el abuso de quien tiene autoridad, sin duda es conveniente y hasta necesario que se ejerza control sobre las acciones ejercidas por dichas autoridades, aun cuando las mismas tengan un carácter discrecional y se encuentren dentro del ámbito de lo que podríamos más bien considerar el campo de «lo político», incluso en un sentido que cabría reputar como más estricto.”

El Tribunal Constitucional ha procedido disponiendo que:

“Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, no lo es menos que, como se señaló en el caso citado, el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118.º de la Constitución y por el inciso c) del artículo 91.º del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

- a) 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” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

b) Necesidad: 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), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones,

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 en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.” (EXP. N. ° 0047-2004-AI/TC)

No obstante ello, con anterioridad a la dación de la sentencia ya citada, el Tribunal Constitucional resolvió que:

“Evidentemente, (el Tribunal Constitucional) prescindirá, para el análisis y fundamentación de su fallo, de la conveniencia, necesidad, oportunidad,

eficiencia y eficacia de la política nacional relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional”. (EXP. N.º 018-2003-AI/TC)

El artículo 118.19 *in fine* de la Constitución dispone que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia. En tanto el artículo 102.1 dispone que corresponde al Congreso “dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. Habría pues, una aparente redundancia o tautología, dado que es de ordinario una atribución del Congreso derogar o modificar las leyes (queda claro que esta referencia a leyes no sólo alude a la ley formal, sino a todas las demás formas normativas que constituyen leyes materiales). Debe hallarse entonces, una justificación

o una *ratio*, a la parte final del art. 118.19, pues de otra manera ésta carecería de toda razón de ser. Es necesario, asimismo, que se enfatice un contraste entre ambos dispositivos, de tal manera que cada uno de ellos se constituya en pieza de deslinde del otro y el sistema recobre así su coherencia sin que se confundan los planos y las competencias.

Al respecto, el artículo 91 del Reglamento del Congreso detalla el procedimiento de control de los Decretos de Urgencia del modo siguiente:

“El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y

ordena su publicación en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.

c) La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política *y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118 de la*

*Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo. (Las cursivas son nuestras)*

d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley”.

Además de configurar un control que se califica como “político” (oportunidad y conveniencia) en lo que se refiere a los supuestos habilitantes para la decretación de urgencia, contenido político que no debería ser ajeno a la jurisdicción constitucional, es de relieves el transcrito literal d) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Este dispone, como se ha visto, que “si el pleno del Congreso aprueba el dictamen de la

Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley”. Esto es, a diferencia de la atribución contenida en el artículo 102.1, que supone la promulgación por el Presidente de la República de las leyes dadas, el procedimiento contenido en el artículo 91 del Reglamento del Congreso, supone la promulgación por parte del presidente del congreso de la Ley ratificatoria o convalidatoria, modificatoria o derogatoria del decreto de urgencia sin intervención alguna del Presidente de la República. Esto resulta razonable, pues es el Presidente de la República quien tiene la potestad de expedir decretos de urgencia, y resultaría muy probable que observase el proyecto de ley que modifica o deroga el decreto de urgencia dado por él mismo.

Con todo, debe quedar claro que el Control del Congreso sobre los decretos de urgencia no ha de limitarse a ser un control político, esto es, el control sobre la oportunidad o conveniencia de su dictado. Es pacífico que el Congreso podrá controlar la constitucionalidad del decreto de urgencia, en lo que se refiere al contenido normativo de tal decreto. En suma: un control jurídico constitucional.

# V

## Los decretos de urgencia y las competencias de las Administraciones Públicas autónomas

Aun cuando refiriéndose a la Carta de 1979, Cantuarias y Oquendo (1991:368) señalan que, “todo hace pensar que los decretos presidenciales de urgencia tratan materias normalmente reservadas a la ley; por lo que, de acuerdo a su contenido, son leyes en sentido material, esto es, normas con rango de ley”

No es que los Decretos de Urgencia sólo regulen materias propias de la ley, sino también materias del ámbito competencial de las administraciones públicas autónomas (sistema monetario, regulación del crédito, banca, seguros, pensiones y regulación del sistema financiero, materia presupuestal) que tales administraciones (BCR y SBSAFP) detentan, evidentemente, como contenido de su esfera de competencias y autonomía de naturaleza económica y financiera y garantizadas constitucionalmente.

Por rigurosas razones de espacio, únicamente nos vamos a ocupar de la dación de reglamentos por parte del Banco Central de Reserva (BCR) y la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBSAFP) en tanto Administraciones públicas

autónomas de relevancia constitucional y extraterritorial y dotadas de competencias privativas de sustrato económico y financiero.

Dadas las especiales funciones y finalidades de tales Administraciones, detentan una especial importancia y resultan manifiestas para relieves las características y operatividad de sus reglamentos. Así, pues, dentro del diseño de Estado complejo y descentralizado realizado por la Constitución y agotado por el Bloque constitucional, hallamos una pluralidad de instituciones que en rigor constituyen administraciones públicas al detentar todas ellas personalidad jurídica y autonomía, y al estar destinadas a la consecución de determinados fines

públicos de interés nacional dispuestos por el ordenamiento.

Tanto el BCR como la SBSAFP, entre otros, detentan el atributo de personalidad jurídica y de autonomía administrativa otorgados por el supraordenamiento, y, asimismo, la asignada tarea de guiar toda su actuación hacia la consecución de los fines de interés público y nacional que les corresponde, además de la detentación de exorbitancias. Todo ello hace de estas administraciones auténticos sujetos de Derecho.

Siguiendo a García de Enterría y Fernández (García de Enterría y Fernández 2001: 34), señalamos que, las administraciones públicas no son otra cosa que personas jurídicas, capaces de manifestar su voluntad, de tener un patrimonio propio, de obligarse y de

responder por sus actos públicos ilícitos. Las administraciones públicas, siempre, en tanto personas jurídicas autónomas, se encuentran sujetas, de modo positivo, al ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que las mismas también contribuyen a formar a través de la dación de sus propios reglamentos. Administraciones públicas, en fin, con competencias tasadas y cuyo ejercicio, exclusivamente, se dirige a la consecución de los fines públicos de interés general y nacional dispuestos por el ordenamiento y que para cuyo efecto detentan privilegios, prerrogativas o exorbitancias.

De otro lado, las administraciones públicas materia de estudio, son dotadas por la Constitución de autonomía administrativa. Esto es, la atribución se da al más alto

nivel del supraordenamiento. Esta atribución, como no puede ser de otro modo, habilita a estas administraciones con la capacidad de dictar reglamentos que a su vez se encuentran en una posición de lateralidad respecto a los reglamentos dados por el Poder Ejecutivo así como por otras Administraciones públicas también de relevancia constitucional entre las que incluimos a las Regiones y Municipalidades en su actuación administrativa.

Conviene también indicar que tanto la Constitución como el Bloque constitucional (normas sobre producción jurídica) esbozan y agotan, respectivamente, el diseño de las fuentes y de las competencias de estas Administraciones; competencias dentro de las cuales las mismas van a

desplegar su potestad reglamentaria y, con ella, también la capacidad de dictar actos administrativos.

Potestad reglamentaria, en fin, que tiene por objeto regular el régimen jurídico de los entes o administrados ubicados bajo su ámbito de actuación y supervisión.

De presentarse los supuestos de carácter económico y financiero habilitantes para la dación de un Decreto de Urgencia, éste bien podría regular además de las materias propias de la Ley, las materias propias y privativas de las aludidas administraciones públicas constitucionales no territoriales que detenten competencias en materia económica y financiera. Sin perjuicio de lo que precisaremos más adelante y en lo que se refiere a las Regiones y Municipalidades ello

no es tan nítido pues la dación del Decreto de Urgencia de que se trate ha de ser requerida, conforme a la Constitución, por el “interés nacional”. Interés nacional que por evidentes razones y en la mayoría de casos, las Regiones y Municipalidades no pueden ni van a configurar.

Es casi unánime en la doctrinal nacional que el ámbito material de los decretos de urgencia es el contenido en el Título III, del Régimen económico de la Constitución. Y esto dota de más fuerza a la postura propuesta en el sentido de que los decretos de urgencia no sólo regulan materias propias de la ley (reserva material o formal), sino también ámbitos normativos de carácter económico y financiero privativos de administraciones públicas autónomas,

pues el capítulo V (de la moneda y la banca) del aludido título III diseña, otorga autonomía y competencias a tales Administraciones públicas autónomas.

No todos los Decretos de Urgencia, pues, regulan exclusivamente materia propia de la Ley.

Repetimos: Los Decretos de Urgencia, al estar dotados de fuerza de ley por la Constitución (artículos 118.19 y 200.4 de la Constitución; artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; artículo 76 del nuevo Código Procesal Constitucional), pueden regular materias sujetas a reserva legal (material o formal). Pero el asunto va más allá. Podría darse en concreto la posibilidad de que los Decretos de Urgencia regulen materias que no son propias de la

ley congresal, sino que pertenecen al ámbito competencial de alguna administración pública constitucionalmente autónoma con competencias administrativas y exclusivas de contenido económico y financiero. Insistimos que nos referimos sobre todo a la SBSAFP y al BCR.

De presentarse los presupuestos fácticos habilitadores para la dación de los Decretos de Urgencia, el orden normal de competencias salta y queda subvertido, se configura un régimen de excepción, en su acepción más lata. (Esa es la *ratio* que se configura como una suerte de medidas de “intervención”). Y a través de estos decretos de urgencia se puede regular sobre materias que son privativas de la potestad reglamentaria, por ejemplo, del BCR, de la SBSAFP,

y eventualmente ajenas a la Ley nacional. Es de la mayor importancia resaltar y reiterar que en muchos casos los reglamentos dados por instituciones autónomas, territoriales o no territoriales, también constituyen en sentido material auténticas “normas-medida”.

Así, por ejemplo y según la Constitución, «*la finalidad* del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus *funciones*, de otra parte, son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica». Ello es reiterado por la LOBCR cuando la misma establece:

«*La finalidad* del banco es preservar la estabilidad monetaria. Sus *funciones* son regular la cantidad de dinero, administrar las reservas internacionales, emitir billetes y monedas”.

Así, según el artículo 24 de la LOBCR, son atribuciones y deberes del directorio: a) formular la política monetaria, en concordancia con la finalidad del banco, y aprobar las regulaciones necesarias para su ejecución; b) modificar los requisitos del encaje adicional de las entidades del sistema financiero; c) fijar, reglamentar tasas de interés y el índice de reajuste de deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos, con exclusión de las entidades del sistema financiero. Conforme al artículo 51, el banco establece de

conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero. Las mencionadas tasas, así como el índice de reajuste de deudas y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema, deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del sistema financiero. Además, es de precisar que los artículos 1243, 1244 y 1324 del Código Civil regulan las materias privativas del BCR en lo que se refiere a la fijación de las tasas de interés. Resulta nítido, así, que los aludidos artículos del Código Civil forman también parte integrante, en términos materiales, del Bloque constitucional.

El típico ejemplo de una «medida» sería, como ya se indicó, el manejo del encaje bancario o el establecimiento de tasas máximas de interés, a cargo del BCR, y mediante la dación de circulares («medidas normativas de política económica»). Así, conforme indican los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (Osterling Parodi y Castillo Freyre 2001) que, al regular el BCR la tasa de interés —dado que tal regulación es un instrumento de política monetaria—, puede incentivar u orientar el ahorro y la inversión, incrementar la productividad del capital o contrarrestar las presiones inflacionarias, además de determinar la productividad de los activos de capital y mantener el equilibrio del mercado de valores.

También es un buen ejemplo de «medidas» la regulación de las tasas de interés preferencial por el BCR. Al respecto, los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre (Osterling Parodi y Castillo Freyre 2001) definen las tasas de interés preferencial indicando:

«Son aquellas que tienen por objeto estimular determinado tipo de actividad económica que el Gobierno considera de carácter prioritario; siempre con miras a propender un desarrollo equilibrado de la economía y tendiendo a dinamizar el crecimiento o estimular el despegue de aquellos sectores a los que se considere rezagados dentro del contexto global nacional»..

Así en cuanto a la potestad reglamentaria de la SBSAFP esta se manifiesta bajo la forma normativa de “Circulares” y “Resoluciones”. Son materia de las circulares y resoluciones, verbigracia, fijar los límites de concentración de cartera y los límites operativos; aplicar límites individuales bajo el criterio de riesgo único; aplicación de los límites al financiamiento de empresas del exterior; aplicación de límites a los financiamientos a personas vinculadas; aplicación de límites de créditos a directores y trabajadores; actualización del monto máximo de cobertura del Fondo de Seguro de Depósitos; aplicación de la sustitución de contraparte crediticia; actualización de lista de bancos de primera categoría; información

sobre comisiones y honorarios que deberán presentar corredores y auxiliares de seguros-personas naturales.

En rigor, no estamos ante reglamentos ejecutivos.

Estas normas materia de circulares y resoluciones apuntan más a ser «medidas». Medidas en cuanto constituyen actos o acciones concretos adoptados por la autoridad en razón del interés público, para solucionar o mitigar los efectos nocivos de una situación o circunstancia singular y emergente. Las medidas en modo alguno son preceptos abstractos.

Pero también es cierto que las medidas deben ser el medio proporcional y adecuado en relación con el objetivo o finalidad concretos y reconocidos como valiosos por el ordenamiento. Así, en las materias anotadas tenemos funciones específicas como

«aplicar», «solicitar», «actualizar», «fijar» (Tafur Charun, Emilio (2022)).

Además de los mandatos constitucionales, respaldamos estos asertos citando las siguientes normas a las que ya nos hemos referido sin entrar en detalle:

Artículo 3 de la LOBCR.- “El Banco en el ejercicio de su autonomía y en el cumplimiento de su finalidad y funciones, se rige exclusivamente por las normas de esta Ley y sus Estatutos”.

Artículo 346 de la LOSBSAFP.- “AUTONOMIA Y AMBITO DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA. La presente Ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia de Banca y

Seguros; establece su ubicación dentro de la estructura del Estado; define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones. *Las demás leyes o disposiciones legales distintas a esta ley, no podrán establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia*". (Las cursivas son nuestras)

*Se podrá constatar asimismo, que varias de las competencias citadas, en principio, no constituyen la dación de normas abstractas. De este modo, fijar el encaje, fijar el índice de reajuste de deudas, la fijación de las tasas de interés, reflejan más bien, en muchos casos, lo que conocemos como 'medidas'.*

*Tal naturaleza de "medidas" calza perfectamente con el planteamiento que los Decretos de Urgencia,*

en tanto medidas, pueden regular, de darse los supuestos habilitadores, materias económicas, financieras y privativas de las Administraciones públicas autónomas (BCR, SBSAFP).

Ahora bien, debe ponerse en relieve, aunque hasta donde sabemos la doctrina no ha abordado el tema, la problemática que se suscita cuando el decreto de urgencia es dictado, diríamos, para normar materia privativa de las competencias propias del BCR y la SBSAFP (Resoluciones, Circulares, Oficios) y se da una Ley del Congreso para derogar o modificar tal Decreto de Urgencia. Queda claro que una Ley del Congreso no podrá modificar o derogar tal decreto de urgencia, pues el Congreso no es competente para regular las materias privativas y reglamentarias del

BCR y la SBSAFP contenidas en tal decreto de urgencia, siendo estas administraciones públicas autónomas a nivel constitucional y del Bloque de la Constitucionalidad (Artículo 3 de la LOBCR y artículo 346 de LOSBSAFP). La fuerza pasiva del decreto de urgencia, será pues, más fuerte que la fuerza activa de la Ley del Congreso. Aunque no queremos agotar el tema pero siguiendo con esta lógica, cabría plantear la posibilidad, dado que el nuestro es un gobierno descentralizado -no solo territorialmente- y unitario a la vez, de que una Circular del BCR o de la SBSAFP pudiese reivindicar sus competencias, derogando o modificando el decreto de urgencia en cuestión, una vez que la

situación de urgencia y de excepción haya sido superada.

En cuanto a los Gobiernos Regionales el tema es pacífico. Esta herramienta de intervención también se encuentra correctamente consagrada por el artículo 90 A de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (LOGR):

"Artículo 90-A.- Situaciones extraordinarias y sostenibilidad fiscal. Se dictan medidas temporales y extraordinarias en materia económica y financiera, conforme al inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, cuando los indicadores de desempeño financiero y/o presupuestario de los Gobiernos Regionales comprometan los estándares de gestión previamente establecidos y *exista grave riesgo de la*

*economía nacional* y del proceso de descentralización. El Congreso tomará conocimiento de dichas medidas y adoptará las decisiones que le correspondan, de acuerdo a la Constitución y la Ley.”

(Las cursivas son nuestras)

Aparentemente habría una contradicción entre lo afirmado *supra* y este artículo de la LOGR recientemente citado. Sin embargo resulta nítido que este artículo alude a “un grave riesgo de la economía nacional”. Ello va más allá de lo que configura el respectivo y exclusivo interés de la Región de que se trate.

En virtud de este apoderamiento, el Gobierno nacional, previos los requisitos fácticos habilitadores, puede suspender, modificar o derogar normas

regionales, pues está facultado para actuar positivamente para proteger el interés general, pudiendo restablecer el *statu quo ante* del atentado grave al interés general. (Coscuella Montañés, L. (1979:37)

Otro supuesto de intervención es el previsto por el tercer párrafo del artículo 75, tercer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo texto es el siguiente:

“Sólo por ley expresa y con las mismas facultades exigidas para la dación de la presente Ley, se establecen regímenes especiales transitorios por los cuales otros organismos públicos pueden ejercer competencias que son exclusivas de las

municipalidades. El régimen especial transitorio debe tener un plazo determinado”.

Baste indicar que la norma citada no detalla suficientemente lo que se entiende por un régimen especial transitorio. Tampoco preceptúa este artículo cuáles son las causales que activan este régimen especial. Inclusive, no precisa cuáles son esos otros organismos públicos que pueden ejercer competencias que son exclusivas de las municipalidades.

Lo que tampoco queda claro es por qué ambos tipos de gobierno territorial (Regiones y Municipalidades) se encuentran sujetos a diferentes mecanismos de intervención. ¿Qué justifica este tratamiento diferenciado? ¿Cuál es la ratio? ¿Existe una ratio?

## **NOTAS BIBLIOGRAFICAS**

Acedo Penco, Ángel. (2010). “Teoría General de las Obligaciones”. Dikinson, Madrid.

Víctor Sebastián Baca Oneto. “Los actos de Gobierno en el Derecho peruano”. En

[http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1\\_10-Los-actos-de-gobierno-en-el-derecho-peruano.pdf](http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_10-Los-actos-de-gobierno-en-el-derecho-peruano.pdf) p. 151 -

[152](#)

Bernales Ballesteros, Enrique. (1989). “El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979”. En: “La Constitución diez años después”. Lima.

Blume, Aldo. (2011) “Los Decretos de Urgencia de Alan García. El abuso y la usurpación de facultades por parte de Poder Ejecutivo.” IDL, primera edición, 2011.

Cantuarias Salaverry, F., & Oquendo Heraud, S. (1991). Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional. *Derecho PUCP*, (45),

351-418.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199101.0>

11

Coscuella Montañés, L. (1979) “La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas”. En Revista de Administración Pública, No. 89, Mayo / Agosto 1979.

De la Morena y de la Morena, Luis. (1978). “Los fines de interés público como “causa” y como “límite” de la competencia y como “medio” y “medida” de control jurídico”. En Revista de Administración Pública”, No. 85, Enero / Abril, 1978.

Diez Picazo, L. (1988). «Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de la Ley en la Constitución española?)». *Revista Española de Derecho*.

Eguiguren Praeli, Francisco. (1986) “Los decretos de urgencia en relación con la atribución de dictar medidas extraordinarias contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución”. En *Derecho, PUCP*, No.40.

Espinoza Saldaña, Eloy. (2013). “Balance a veinte años de vigencia de la carta de 1993”. En *Pensamiento Constitucional, PUC*, No. 18.

Fernández, T. R. (2002). «Sobre los límites del poder discrecional». *Revista de Administración Pública*, 141-170.

García – Belaunde, Domingo. (1994) “La interpretación constitucional como problema”. En *Pensamiento Constitucional*, Vol. 1, No. 1.

García de Enterría, Eduardo (1979). “La lucha contra las inmunidades del Poder. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos.” Editorial Civitas SA, Madrid.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001).  
*Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I,  
Madrid: Civitas.

.

García de Enterría, E. (1962). «La lucha contra  
las inmunidades del poder en el derecho  
administrativo (poderes discrecionales, poderes  
de gobierno, poderes normativos)». *Revista de  
Administración Pública*, 159-205.

García de Enterría, Eduardo (2004:107).  
“Democracia, Ley e inmunidades del poder.”  
Palestra Editores, Lima, 2004.

Gómez – Ferrer Morant, Rafael. (1987)  
“Relación entre leyes: Competencia, Jerarquía y  
Función Constitucional”. En Revista de  
Administración Pública No. 113.

Herrera Vásquez, Ricardo. (1996) “Las medidas  
extraordinarias y los decretos de urgencia en el  
modelo constitucional peruano”. En Derecho  
PUC No. 50.

Jiménez Mayor, Juan. (1994) “Las relaciones  
parlamento ejecutivo y el sistema legislativo  
(algunas explicaciones en torno a la crisis  
política peruana)”. En Pensamiento  
Constitucional, PUCP, Vol. I, No. 1.

Ochoa Cardich, César. (1985),  
“CONSTITUCION Y ECONOMIA DE  
MERCADO”. En Derecho PUCP No. 39.

Ochoa Cardich, César (1990). “Actividad  
económica pública y derechos económicos  
privados en la Constitución de 1979”. En  
Derecho, PUC, Nos. 43 – 44.

Ochoa Cardich, César & Kresalja, Baldo (1999)  
“Propuesta para un nuevo régimen económico  
constitucional”. En Pensamiento Constitucional,  
PUCP, año 6, No. 6.

Ochoa Cardich, César (2013). “El servicio público en la Constitución peruana de 1993”. En Pensamiento Constitucional, PUCP, Vol. 18, No. 18.

Osterling Parodi, Felipe. (1987), “Las Obligaciones”. Disponible en <https://vsip.info/las-obligaciones-felipe-osterling-parodi-8va-edicion-pdf-free.html>.

Osterling Parodi, F & Castillo Freyre, M. (marzo de 2001). Biblioteca de Derecho Estudio Mario Castillo. Recuperado el 18 de febrero de 2021, de

«Consideraciones generales acerca del pago de intereses»: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

Martin – Retortillo Baquer, S. (1957) “La desviación de poder en el derecho español”. En Revista de Administración Pública, No. 22 Enero – Abril 1957.

Muñoz Machado, Santiago. (2015) “Tratado de derecho administrativo y derecho público en general.” Tomo VI. La Ley. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado – Madrid.

Planas Silva, P. (1993). “Decreto de urgencia y "medidas extraordinarias”. Notas para una

tipificación”. En *IUS ET VERITAS*, 4(7), 133-158. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404>.

Rivero, Jean. (1951) “Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo”. En *Revista de Administración Pública*, no. 6, Setiembre / Diciembre, 1951.

Ruiz Molledo, Juan Carlos. (2000) “El Control Parlamentario de los decretos de urgencia en el Perú”. En *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Vol. 7, No. 7, 2000, p. 543

Salas, Javier. (1966) “Los decretos leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia”. En Revista de Administración Pública, No. 51, Setiembre / Diciembre 1966.

Tafur Charun, Emilio (2015) “Las fuentes de producción normativa en la Constitución de 1993 (Jerarquía, competencia y función constitucional”. Biblioteca de Derecho Mario Castillo Freyre, Lima.

Tafur Charun, Emilio. (2022) “Las normas “medida”. Disponible en:  
file:///D:/Users/Downloads/Articulo%20-%202023-01-07T130846.801.pdf

