

El Estado de necesidad en el ámbito de las Regiones y Municipalidades

Por

Emilio Tafur Charun

EXORDIO

En el Derecho patrio mucho se ha escrito sobre los Decretos de Urgencia. Sabemos que tales decretos estaban recogidos en la Constitución de 1979, aun cuando se les empezó a utilizar algunos años después de entrada en vigencia tal Constitución. De este modo estas “medidas” pasaron un buen tiempo desapercibidas. Nadie notó la presencia del gorila color rosa de trescientos kilos de peso que se paseaba por el salón. No está de más decir que durante la década de los ochenta del siglo pasado se hizo uso y abuso de esta fuente. De este modo, entre muchas otras materias, se regulaba el Mercado Único de Cambios (MUC), créditos suplementarios y hasta se creaban impuestos.

Con la dación de la Carta de 1993 la idea de los decretos de urgencia tomó forma y los mismos fueron diseñados de un modo más prolijo. De esta manera, dicha Carta prescribe en su artículo 118.19 que es potestad del Presidente de la República, “Dictar

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

Asimismo, 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 de la Carta vigente, 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 este se instale. (Las cursivas son nuestras)*

Ahora bien y la pregunta se cae de madura, ¿Cómo justificar la existencias de los artículos 90-A de la Ley

Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), y la vigésima segunda disposición complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM)?

El texto de los artículos aludidos es como sigue:

"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)

Vigésimo Segunda.- “Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país, podrán dictarse medidas extraordinarias en materia económica y financiera conforme inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.”

¿Cuál es la *ratio legis* de estos artículos? Si el legislador orgánico los ha incluido en las respectivas

leyes es porque debe existir una razón que plenamente justifique tal proceder.

¿En qué se diferencian de los decretos de urgencia tal como están estos recogidos en la Constitución?

¿No es que ambos artículos, de la LOGR y de la LOM, aluden respectivamente a “economía del país” y “estabilidad macroeconómica del país”? (El énfasis es nuestro)

¿Lo anterior supondría que los efectos del “estado de necesidad” no se limitarían al ámbito territorial de la Región o Municipalidad de que se trate?

¿Los decretos de urgencia podrían válidamente derogar, suspender, modificar o abrogar las ordenanzas que, como es sabido, tienen valor de Ley?

I Antecedentes históricos

En el presente epígrafe haremos una reseña del “estado de necesidad” desde una perspectiva histórica. Para tal efecto nos referiremos a la dictadura en la República romana y al episodio suscitado con ocasión del putsh de Argel (1962).

I.1. La dictadura en la República romana.

Bien dice Power Manchego-Muñoz (1990:117) que podemos indicar como características principales de la dictadura en la República romana las siguientes:

- a) La existencia de una circunstancia de grave peligro para la República.
- b) Concentración del poder en un magistrado único, supremo y extraordinario.
- c) Temporalidad, plazo máximo seis meses.
- d) Suspensión de garantías constitucionales, *intercessio* y la *provocatio ad populum*.
- e) Tener por única finalidad la defensa de la Constitución de la República.

Por su parte y según Siles Vallejos (2014:421) Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin mencionan como «características sobresalientes» de la dictadura romana, a menudo consideradas como «configuradoras de los lineamientos básicos para los regímenes de emergencia de los días modernos», las siguientes: su carácter temporal, el reconocimiento de la naturaleza excepcional de las emergencias, el nombramiento del dictador de acuerdo con formas constitucionales específicas que separan a aquellos que declaran la emergencia y aquellos que ejercen los poderes dictatoriales en cada ocasión, la designación del dictador para propósitos bien definidos y limitados, y el objetivo último de sostener el orden constitucional y no de modificarlo o reemplazarlo por otro.

Abraham Siles Vallejos (2014:412) da cuenta que según Carl Schmitt los humanistas del Renacimiento —en primerísimo lugar, Nicolás Maquiavelo— se interesaron en la institución de la dictadura romana y consultaron al respecto las exposiciones de Cicerón, Tito Livio, Tácito y Plutarco, entre otros autores, de tal suerte que «fundaron una tradición», la cual permaneció «invariable hasta bien entrado el siglo XIX». Conforme a dicha tradición, la dictadura es una sabia invención de la República Romana, el dictador un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un imperium fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos y la apelación al pueblo.

Siguiendo a Siles Vallejos (2014:418) se puede sostener que, “Con todo, los poderes del dictador fueron amplísimos y no se reducían al ámbito propiamente militar, sino que se proyectaban sobre toda la vida civil de Roma. Podía convocar a cualquiera de las asambleas y presidirlas, lo que incluía al venerable Senado. Igualmente, estaba dentro de sus facultades ejercer jurisdicción en todos los casos criminales que comprometieran la seguridad del Estado, en cuya virtud podía imponer la pena capital, de modo sumario y sin apelación. También

podía imponer multas y su potestad de arrestar anulaba la facultad de intercesión de los tribunos, magistrados considerados sacrosantos e inviolables. Dicho en pocas palabras, el dictador poseía todos los poderes que fueran necesarios para superar el peligro que había llevado a su designación, incluido el poder sobre la vida y la muerte de las personas, y no se encontraba sujeto a las limitaciones que pesaban sobre las magistraturas ordinarias del Estado”.

I.2. El putsh de Argel (1962)

Sobre el *putsh* de Argel suscitado en 1962 es de citar a García de Enterría (2016:70-72) cuando sostiene que:

“Por vez primera, el 16 de febrero de 1962, ha conocido el Consejo de Estado 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 ha utilizado, como bien saben ustedes, con ocasión del último putsch de Argel. Pues bien, un gran sector de la doctrina afirmaba que como con el ejercicio de estos poderes extraordinarios el Presidente asume todos los poderes del Estado, el ejercicio de tales poderes era lógicamente infiscalizable ante la Jurisdicción contenciosa. El Consejo de Estado acaba de decir lo contrario. Ha afirmado que estos poderes exorbitantes,

extraordinarios, los cuales podían incluso ser calificados auténticamente de soberanos, puesto que la competencia del Presidente viene a suplir la competencia general de todo el cuerpo del Estado, y por supuesto del legislativo, son perfectamente fiscalizables como regla ante el Consejo de Estado, escapando a la fácil tentación que ofrecía la doctrina de los actos de gobierno, con una única excepción, que es allí donde las decisiones del Presidente se produzcan dentro de la materia definida como dominio propio de la Ley por el artículo 34 de la Constitución; en este supuesto, el Presidente está adoptando disposiciones con fuerza de ley, y por esta razón exclusivamente, porque las leyes formales no son nunca residenciables ante los Tribunales contenciosos, este único sector de los poderes del Presidente será infiscalizable ante el Consejo de Estado francés; en todo lo demás la regla es la de la plena fiscalización del ejercicio de estos poderes, sobre todo utilizando la técnica de los principios generales del Derecho”.

II. La autonomía de los entes territoriales

El artículo 194° de la Constitución Política del Perú, indica que “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”. Asimismo, el Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de

Municipalidades (LOM) en su Art. 1º, señala “Las municipalidades provinciales y distritales son los Órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”; el artículo 11 de la LOM, establece que: “Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”.

Por su parte, el artículo 191 ° de la Constitución, modificado por la Ley N°27680 - "Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV", establece que "Los Gobiernos Regionales tienen autonomía política y administrativa en los asuntos de su competencia. La estructura orgánica de estos gobiernos la conforma el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador. A su vez, el artículo 192° de la Constitución establece que: 'Los Gobiernos Regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo', su inciso 5) establece como sus competencias la de promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.

III Estado de necesidad o de excepción

Según Power Manchego-Muñoz (1990:114) son *inter alia* características del estado de necesidad o excepción, las siguientes:

- a) Concentrador de poderes en un solo detentador, normalmente en el Ejecutivo; con un conjunto de facultades extraordinarias para que su acción sea tan rápida como lo exijan las graves circunstancias excepcionales,
- b) La finalidad suprema del estado de excepción es la necesidad de defender el pleno ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; aunque para ello se tenga que restringir transitoriamente el ejercicio de esos mismos derechos.
- c) Aplicación del principio de proporcionalidad, que supone adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad, o sea, que dichas medidas guarden relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción.

Néstor Pedro Sagüés (s/f: 122) sostiene que son elementos de la doctrina del estado de necesidad los siguientes:

- a) La situación de necesidad, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado;
- b) El acto necesario para enfrentar el estado de necesidad;
- c) El sujeto necesitado (Estado) cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar el acto necesario;

d) El derecho de necesidad que atiende a la problemática jurídica de la situación de necesidad (v.gr., si la contempla o no) del acto necesario a adoptar y de la conducta del sujeto necesitado.

El citado autor manifiesta que con relación al *espacio* la situación de necesidad puede plantearse a nivel general (esto es, en todo el Estado), o en el orden local (v.gr., en una Provincia). Es de la mayor importancia, asimismo, lo que Néstor Pedro Sagüés (s/f: 124) añade:

“Normalmente el acto necesario exige, para realizarse, un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Eso, en cuanto al fondo del asunto. La necesidad (Y en particular la necesidad emergente, apremiante, circunstancial) puede autorizar la asunción de competencias de un órgano del Estado, por otro que no las posee regularmente (...).”

Por nuestra parte anotamos que en efecto, dado un estado de necesidad o una situación de estado de excepción, y con la finalidad de mitigar la situación emergente, por la fuerza de la razón tales poderes extraordinarios deben estar dirigidos a la satisfacción de los fines públicos de interés general (valor mayor), quedando de este modo el orden de competencias para situaciones de normalidad subvertido y desplazado (valor menor). Reiteramos, tal “acto” que subvierte el orden normal de competencias tendrá por

finalidad mitigar el estado de necesidad por corresponder ello a los fines públicos de interés general el mismo que por su propia naturaleza ha de ser satisfecho mediante el recurso de poderes exorbitantes que precisamente adquieren “carta de ciudadanía” dada la situación de necesidad suscitada.

IV. Interés público

García de Enterría y Fernández (2001) opinan: 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. (pp. 445-446)

Bien es cierto que toda actuación de la Administración pública ha de estar destinada a la consecución de los fines públicos de interés general. De ahí nace la competencia. La consecución o satisfacción de tales fines legitima la actuación administrativa. En el caso del estado de necesidad sucede lo mismo. El incremento de poderes por parte de la entidad de que se trate está justificado siempre

y cuando tenga por objeto la consecución de los referidos fines. *Fines públicos que suponen una primacía con relación al reparto de competencias en situaciones de normalidad.* Así, solamente cuando se trate de la satisfacción de fines públicos dispuestos por el ordenamiento podrá ser viable el incremento de poderes, competencias y potestades que corresponderían a la entidad una vez suscitado el estado de necesidad o de excepción. De esta manera y al tratarse de fines públicos, la actuación de la entidad que ve incrementados sus poderes y notablemente los “actos” que dicte, podrán ser acogidos por el mismo ordenamiento como valiosos y dignos de tutela y de este modo, podrán desplegar todos sus efectos.

V. Los reglamentos de necesidad

Sostiene Power Manchego-Muñoz (1990:113) que, “La doctrina advierte que en casos excepcionales se requiere adoptar medidas excepcionales; por cuanto por su propia naturaleza de circunstancia excepcional no se le puede aplicar la normativa jurídica para una situación estable”.

Así las cosas, estos decretos de urgencia a los que aluden los artículos 90-A y la Disposición complementaria vigésimo segunda de la LOGR y la LOM, respectivamente, constituirían rigurosamente “reglamentos de necesidad”. La dación de este tipo de reglamentos, dicen García de Enterría y TR

Fernández (2001: 213-214) puede justificarse únicamente en función de un estado de necesidad, de una situación de emergencia, cuya excepcionalidad coloca en primer plano el viejo principio, *salus populi suprema lex esto*, por encima, incluso del propio principio de la primacía de la Ley (En nuestro caso de las ordenanzas que tienen valor de Ley), que en tales casos, queda temporalmente excepcionado. Hay una reserva de poder último en la Administración que no sólo la permite, sino que la obliga a actuar en la situación de “circunstancias excepcionales” para salvar los valores sociales supremos. Agregan los autores citados que en todos estos supuestos excepcionales las autoridades gubernativas, civiles o militares están genéricamente habilitadas para actuar en contra de lo prescrito por las Leyes formales o para oponerse a lo que ellas dispongan. De este modo, más que contradecirse las Leyes formales, se excepcionan durante el tiempo que duren las situaciones de emergencia.

Sobre el particular es de citarse a la autora costarricense Magda Inés Rojas Chaves, cuando aludiendo a un proyecto de Ley, precisa que:

“En consecuencia, es necesario advertir que en la enumeración ejemplarizante del párrafo tercero (del artículo 180 Constitucional) y del párrafo último del artículo 22 citado (a propósito resaltados), no queda otro margen de interpretación jurídica, como no sea el de calificar "conmoción interna", "disturbios",

"agresión exterior", "epidemias", "hambre" y "otras calamidades públicas", como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como **"estado de necesidad y urgencia"**, en virtud del principio **"salus populi suprema lex est"**, entendiendo 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 esperar a que se tramite y apruebe una ley); y en el Derecho Penal, como "estado de necesidad", o sea, **"una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico"**. Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional...".

Resulta por demás importante citar a Muñoz Machado (2015) cuando se refiere a la *ratio legis* 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. (p. 96)

García de Enterría y Fernández (2001) 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. (p. 338)

No cabe duda que en razón de lo manifestado en el presente epígrafe los decretos de urgencia tal como los diseña la Carta de 1993 también configuran auténticos “reglamentos de necesidad”. Así, los decretos de urgencia son “medidas extraordinarias”, tienen fuerza de Ley, se habilita su dación cuando se configura el “interés nacional”.

VI. Interés nacional, grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización, y cuando se comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país. (Sobre potestades discrecionales,

conceptos jurídicos indeterminados y principio de razonabilidad)

Estamos, pues, frente a potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados. Así, v.gr., “interés nacional” supone un concepto jurídico indeterminado.

Para efectos del desarrollo de este epígrafe y por fines didácticos, reiteraremos la cita textual de los tres artículos que en el ordenamiento aluden a los decretos de urgencia.

Artículo 118 de la Constitución. Corresponde al Presidente de la República: (19) “Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, *cuando así lo requiere el interés nacional* y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.” (Las cursivas son nuestras)

"Artículo 90-A. de la LOGR- 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)

Vigésimo Segunda Disposición Complementaria de la LOM.- “Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país, podrán dictarse medidas extraordinarias en materia económica y financiera conforme inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.”

VI.1. Las potestades discrecionales

Grosso modo, tenemos en las normas materia de estudio en el presente texto los siguientes supuestos de hecho que activan el ejercicio de las potestades discrecionales:

“(…) 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” (LOGR)

“Cuando la gestión financiera y presupuestaria de los gobiernos locales comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país”. (LOM)

De lo que se trate es que dado el supuesto de hecho determinante, que debe ser evaluado por el juzgador, se configura, se activa y legitima la consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica no es otra que la capacidad de ejercer potestades discrecionales. Pero ese supuesto de hecho determinante solo puede ser validado y es acogido por el ordenamiento cuando este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre, según García de Enterría, 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 determinante o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar a arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. (García de Enterría (2016:41)

VI.2. Conceptos jurídicos indeterminados

Distinto es el caso de los conceptos jurídicos indeterminados. Solamente en el artículo constitucional encontramos el concepto jurídico indeterminado “interés nacional”. Y no es que el uso de este concepto no esté sujeto a control y el mismo resulte siendo inimpugnable por tratarse supuestamente de un acto político o de gobierno tal como estos eran conceptuados en el Siglo xix. La invocación del aludido concepto siempre será justiciable, en lo que respecta a la oportunidad, mérito, conveniencia y circunstancias de su dictado. En suma, a los hechos y a la *ratio legis* de la Ley que prescribe tal concepto. Según García de Enterría (2016:43-45) lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (...) O hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc.

Así las cosas, el concepto jurídico indeterminado, en este caso “interés nacional”, deberá necesariamente configurarse en los hechos, pues como bien dice el autor citado, “Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del

concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.”

Lo mismo puede decirse de los conceptos que prescriben los aludidos artículos de la LOGR y la LOM. De esta manera, que *exista grave riesgo de la economía nacional y del proceso de descentralización* (LOGR); y *se comprometa gravemente la estabilidad macroeconómica del país* (LOM).

Digresión. Cabe válidamente preguntarse por qué ni la LOGR ni la LOM mencionan el concepto jurídico indeterminado “interés nacional”. Creemos que ello resulta inocuo. El fraseo “economía del país” y “estabilidad macroeconómica del país”, contenido en la LOGR y la LOM, respectivamente, dotan a la materia del decreto de urgencia de que se trate de un espectro que va más allá del interés respectivo, particularidades y peculiaridades de la Región o Municipalidad.

Pero el Tribunal Constitucional con acerba crítica, también se ha pronunciado sobre los conceptos jurídicos indeterminados. En su voto dirimente el Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña Barrera manifiesta lo siguiente:

(FJ-8) Que, estamos pues ante el uso de conceptos jurídicos indeterminados (Conducta deshonrosa, ya sea en su actividad laboral o en su vida de relación social, en este último caso, cuando la misma desprestige la imagen del Ministerio Público) para la eventual imposición de sanciones a nivel disciplinario. Esta, sin duda, es una práctica inconveniente, la cual, incluso, en ciertos supuestos, podrían permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular.

(FJ-9) La responsabilidad de un juez o jueza constitucional frente a una regulación normativa con estos riesgos para la plena vigencia de algunos derechos fundamentales es la de tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos.

(FJ-10) El Magistrado agrega que, como es de conocimiento general, nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica. Ello ocurre

bien en mérito a que estamos ante una norma referida a una realidad de tal naturaleza que la intención de delimitarla no admite una cuantificación o determinación rigurosa o nos encontramos frente a una decisión consciente: la de no acotar en forma precisa para así permitir soluciones acomodadas a las circunstancias (García de Enterría & Fernández TJ) o nos encontramos frente a una decisión consciente: la de no acotar en forma precisa para así permitir soluciones acomodadas a las circunstancias (Parejo).

(FJ-13) Cabe entonces preguntarse hasta dónde puede avanzarse en el control jurisdiccional de estas actuaciones administrativas, tema que, por ejemplo en España, generó una intensa polémica entre calificados autores. (García de Enterría & Fernández TR de una parte y Parejo & Sánchez Morón de otro). Sin embargo, y sin con ello querer entrar aquí en el detalle de ese debate, creo en este momento aclarar que considero necesario que, en este caso, sobre todo si estamos ante un concepto jurídico indeterminado, debiera apreciarse si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se cumplió con seguir ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza

legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, por último, evaluar si se respetaron los diversos derechos fundamentales. (EXP. N. 0 03485-2012-PA/TC)

VI.3. El principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad se encuentra reconocido en el artículo 200, *in fine*, de la Carta de 1993.

Para Susana Cayuso (1999:388) el control de razonabilidad constituye un instrumento eficaz dentro del sistema para evaluar la *adecuación* de la respuesta dada, tanto desde la ley, la reglamentación o la sentencia, a las normas, principios, valores e intereses en juego respecto de los derechos reconocidos en el texto constitucional. *Entendemos que ante varias respuestas posibles debe elegirse aquella que represente más adecuadamente los valores sociales y contribuya, en mejor medida, al entendimiento social sin que ello implique cercenar facultades propias y exclusivas de los otros poderes, pero fortaleciendo el principio constitucional según el cual todos los poderes constitucionales se encuentran sometidos a las reglas sustantivas en que se apoya el sistema.* (El énfasis es nuestro)

La misma autora (1999:393) indica que, “Este standard de revisión ha sido aplicado en todos los

supuestos en los que se han encontrado en juego, según lo que emerge del criterio del tribunal, derechos económicos, y sustentado en la prevalencia de los intereses generales sobre los individuales. Casos, en general, de fuerte intervencionismo estatal en las relaciones particulares, donde en la mayoría de los cuales la legislación había sido dictada invocando situaciones catalogadas como de emergencia económica y mediante las cuales se establecen categorías de sujetos llamados a soportar el peso de las medidas respecto de otros a favor de los cuales se establecían. Ejemplo: leyes de congelamiento de alquileres, leyes protectoras de determinadas actividades.”

En buena cuenta y en nuestro caso, se trata de que la dación de la norma (v.gr., decretos de urgencia) sea el medio o la forma más idónea para la obtención de sus fines concretos y con ello y al mismo tiempo procurar la preservación y reconocimiento, entre otros, de los derechos fundamentales. Esto es, hablamos de idoneidad, derechos, valores y principios supremos que han de traducirse en la función y finalidad, en este caso, del decreto de urgencia dado.

Así las cosas, no se puede negar que existe una estrecha vinculación entre el principio de razonabilidad y la idea de competencia. No olvidar que toda competencia administrativa se origina en el

interés general. Y los derechos fundamentales, valores y principios son de interés general. Si una fuente formal normativa resulta, entre otras opciones, el medio más idóneo para cumplir su finalidad concreta será debido a que la misma en mayor medida cautela y preserva tales valores, principios supremos y derechos fundamentales. Reiteramos, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de sus fines concretos. O si se quiere, tal norma será el medio más idóneo al agraviar en menor medida dichos derechos y principios. Que la norma sea menos gravosa- “gravosa” en su acepción más amplia- supondrá que esta pueda obtener sus fines concretos, **pues es la norma competente por ser, precisamente, la más idónea.**

El principio de razonabilidad se encuentra recogido y positivado a nivel infra-constitucional en el artículo 248.3 del TUO de la Ley 27444 (LPAG) cuyo texto es como sigue:

“Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. **Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción,** observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: a) El beneficio ilícito

resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.(El énfasis es nuestro)

VII. La *ratio legis* de los decretos de urgencia diseñados en la LOGR y la LOM

Creemos firmemente que el diseño de decretos de urgencia que llevan a cabo la LOGR y la LOM radica en un asunto de distribución de competencias. También creemos que el legislador orgánico ha sido en suma cauteloso para que no quepa la menor duda que los decretos de urgencia dados conforme a la Constitución no fueran impugnados por vicio de incompetencia al supuestamente agraviar la autonomía política y administrativa de Regiones y Municipalidades. En otras palabras, se ha pretendido blindar al Gobierno nacional para que de tal suerte pueda, prácticamente *ad libitum*, interferir en el ámbito de competencias de naturaleza económica y financiera privativas de las Regiones y de las

Municipalidades. Además, puede darse el caso que cumplidos los supuestos habilitadores, el Gobierno nacional pueda dar *normas uniformes* regulando materias de naturaleza económica y financiera que en condiciones de normalidad pertenecen al acervo de competencias de cada Región y Municipalidad. Se trata, en fin, de una “suplencia”, pues de darse los supuestos habilitadores, la normativa territorial dada por las Regiones y las Municipalidades en materia económica y financiera resultará siendo desplazada y a la vez asumido su ámbito de competencias por el Gobierno nacional mediante la dación de decretos de urgencia.

Mutatis mutandis lo dicho es lo que García de Enterría (1983:270-271) llama “relaciones de interferencia”. Esto es, relaciones que suponen excepciones singulares o modificaciones (nunca totales, por supuesto, pues ello sólo podría hacerse mediante reforma constitucional) al normal trazado de la distribución de competencias, bien porque el Estado interviene, con habilitación constitucional explícita, para «armonizar» la competencia normativa autonómica mediante leyes propias, como excepción del principio ordinario de separación de los órdenes de fuentes respectivas.

El mismo autor (1983:276) agrega que, esta relación de interferencia “arbitra una potestad claramente

excepcional y no de uso ordinario y general y *ha de justificarse caso por caso en razones substantivas de efectiva y objetiva «necesidad» y necesidad de claro interés general*, que es algo más que una simple desconfianza subjetiva sobre los poderes normativos autonómicos.” (Las cursivas son nuestras)

REFERENCIAS

Cayuso, S. (1999) “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales”. En: Pensamiento Constitucional año 6, No. 6.

García de Enterría, Eduardo. (1983) “El Ordenamiento Estatal y los Ordenamientos Autonómicos: Sistema de Relaciones.” En: Revista de Administración Pública Núms. 100-102. enero-diciembre 1983.

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

García de Enterría, Eduardo. (2016) La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). En Revista

Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 8/2016. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2016/12/La-lucha-contra-las-inmunities%20%80%A6-Eduardo-Garcia-de-Enterria.pdf>

Muñoz Machado, S. (2015). Tratado de derecho administrativo y derecho público en general. Tomo VI. Madrid: La Ley - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Power Manchego – Muñoz, J. (1990) Constitución y Estados de Excepción. Asociación Acción y Pensamiento Democrático. Lima, Perú.

Rojas Chaves, Magda Inés (1998). Opinión Jurídica - 053-98. Sistema Costarricense de Información Jurídica. Disponible en: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=7063&strTipM=T

Sagüés, Néstor Pedro (S/F) “Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia”. Disponible en: [file:///D:/Users/Downloads/3449-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12977-1-10-20190221%20\(2\).pdf](file:///D:/Users/Downloads/3449-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12977-1-10-20190221%20(2).pdf)

Siles Vallejos, Abraham. La dictadura en la República romana clásica como referente paradigmático del régimen de excepción

constitucional. En Revista Derecho PUCP. N° 73,
2014 pp. 411-424