

# **DESLINDE ENTRE LOS ARTICULOS 132 Y 211(20) DE LA CONSTITUCION DE 1979**

**Por**

**Emilio Tafur Charun**

"El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho".

Víctor Tau Anzoátegui

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». En otro lugar hemos precisado que 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 final 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 dicho, los auténticos decretos de urgencia, denominados «decretos leyes» en el proyecto, fueron expresamente descartados por la Asamblea Constituyente. Así, 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 Eguiguren (1986): 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 este. (p. 176)

Decía Planas Silva (1993, p. 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.

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 tenencia de moneda extranjera (Tafur Charun, 2015, p. 146).

Y fue así como surgieron las preguntas relativas al alcance regulatorio de esta heterodoxa fuente normativa. Esto es, ¿tienen rango de Ley? ¿Pueden cubrir la reserva material o formal de la Ley? En tal sentido, ¿mediante estos decretos se pueden crear tributos? ¿Se puede modificar el presupuesto nacional? Tomando en cuenta la autonomía constitucional que la Carta de 1979 reconocía al BCR, ¿se podía regular y controlar la tenencia de moneda extranjera? ¿El término “medidas” suponía también la dación de normas generales o abstractas?

Al respecto, Herrera Vásquez cita a los autores De la Puente y Eguiguren (1996:244) quienes sostienen que, “si la potestad de emitir decretos supremos ordinarios se encuentra prevista en una norma distinta (Art. 211 °, in c. 11) a la de las medidas extraordinarias, éstas no pueden tener el mismo nivel jerárquico, pudiendo configurar disposiciones con fuerza de ley. Resultaría redundante e innecesario que las medidas extraordinarias estén previstas en una norma distinta a la de los decretos supremos ordinarios, si tuvieran rango secundario o reglamentario”.

El mismo Herrera Vásquez (1996:245) sostiene, siguiendo a una serie de autores, que “El estado de urgente necesidad requiere inmediata regulación, no pudiendo esperar al trámite ordinario de la emisión de una ley en sentido formal o de la delegación de facultades legislativas para dictar otras normas de nivel primario. Por ello, resulta imprescindible emitir medidas extraordinarias que tengan potencia igual a la de la ley, en tanto ésta no debe ser obstáculo para implantar rápidamente la nueva regulación”.



De otro lado, otra “sorpresa” que nos trajo la Carta de 1979 fue el artículo 132. Este artículo disponía que «En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica *con medidas transitorias de carácter extraordinario*». (Las cursivas son nuestras). 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. Asimismo, 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, 2015, p. 147).



Aunque ya ambos artículos constitucionales no están más en vigencia, resulta un buen ejercicio tratar de deslindar ambas fuentes normativas, pues *prima facie* podría pensarse que se trataba de una indeseable redundancia. Consideramos que no es un ejercicio inútil decir algunas palabras sobre este asunto. No olvidar lo manifestado por el autor que es citado en la parte introductoria del presente texto: "El Derecho no puede comprenderse sin la Historia y la Historia no puede comprenderse sin el Derecho".

Adelantándonos, 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 más que subsidiariamente. En otras palabras, el lugar de una norma como la contenida en el artículo 132 correspondía a una Constitución de un Estado con una economía de libre mercado y libre competencia 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, p. 233)

Sin embargo, cabe preguntarse cuál era la utilidad, la *ratio*, si se quiere, de incluir un artículo como el 132 de la Carta de 1979, esto es, la capacidad del Estado de intervenir la actividad económica *con medidas transitorias de carácter extraordinario* cuando según el artículo 111 de la misma derogada Carta, “El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de

los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio”. A este artículo habría que agregar los artículos 113, 114, 115, 131, 133 y 153 de la misma Constitución los mismos que no hacen otra cosa sino reforzar y aumentar el intervencionismo del Estado en la actividad económica. Durante la vigencia de la Constitución precedente el Estado no requería de cláusula constitucional alguna que lo habilitara a intervenir en la economía. Bastaba con la aplicación de sus ya citados artículos 111, 113, 114, 115, 131, 133 y 153, y con ello, la dación, entre otras fuentes, de un decreto supremo “independiente”.

En suma, el Estado se encontraba siempre habilitado para intervenir en la actividad económica. El artículo 132 en este caso resultaba redundante. No tenía razón de ser. Estaba de más. No existe otra explicación.



Por nuestra parte diremos que, en un Estado de economía de libre mercado y libre competencia, como el diseñado por la Carta de 1993, sí resulta

necesaria una habilitación como la contenida en el derogado artículo 132. Para tal efecto, baste con citar el artículo 58 de la Carta de 1993, “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” En este contexto es también de citar el artículo 60 el cual preceptúa que, “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.” Asimismo, el artículo 61 de la Constitución vigente dispone expresamente lo siguiente: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”. Finalmente, otra norma que nos trae la Carta vigente, y que supone una

intervención en la actividad económica es el artículo 72, el cual prescribe que, “La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.

Ya bajo el régimen de la Carta de 1993, Rodríguez Cairo (2021) cita a Tassano indicando que definitivamente, “la regla general será que los agentes del mercado actúen en el marco constitucional de libre competencia; sin embargo, existirán supuestos en los cuales el Estado deberá intervenir mediante la regulación para corregir determinadas fallas de mercado”.

Y Rodríguez Cairo continúa:

“Desde luego, la protección constitucional de la libre competencia, así como las normas de menor jerarquía o una combinación de ambas, son formas de intervención estatal en los diversos mercados orientadas a corregir la falla de la competencia, vinculada a los tipos de imperfección del mercado: monopolio, oligopolio, competencia monopolística, monopsonio, oligopsonio”.

Más aun, el mismo autor (2021) indica que, “(...) el sistema de precios libres permite que tanto productores como consumidores expresen su voluntad de manera libre respecto del precio de un bien, así como las necesidades que desean satisfacer. Por ello, el sistema de precios libres es el mecanismo más efectivo para generar bienestar a los consumidores. *De ello se colige que el Estado debe establecer mecanismos de protección legal para garantizar la libre competencia y con ello, preservar un sistema de precios libres*”. (Las cursivas son nuestras)

Es, pues, así como se justifica la intervención del Estado en la actividad económica cuando se configura una economía de libre mercado y libre competencia. En este contexto sí resulta válida y se justifica la cláusula, excepcional, por cierto, que habilita la intervención extraordinaria del Estado en la economía. Y no se justifica tal cláusula cuando nos encontramos frente a un diseño constitucional en el cual la intervención del Estado en la economía es permanente e intensiva, tal cual lo disponían los artículos 111,113,114,115,131,133 y 153 de la Constitución de 1979.



Sobre los antecedentes del ya varias veces aludido artículo 132, Herrera Vásquez (1996:238) cita a De la Puente y Lavalle manifestando que, “La Constitución Política de 1933 no contenía la figura de los decretos de urgencia”. Sin embargo, agrega Herrera Vásquez esta vez citando a Eguiguren, que el gobierno podía emitir algunas disposiciones similares. Estaba facultado para establecer limitaciones a las libertades de comercio e industria (Art. 40º) o medidas tendientes a preservar el abaratamiento de las subsistencias (Art. 49º), siempre que mediaran situaciones excepcionales calificadas como de «seguridad o necesidad pública» en un caso, y de «circunstancias extraordinarias de necesidad social» en el otro.

Herrera Vásquez (1996:239) cita además una serie de episodios, anteriores a la dación de la Carta de 1979, en los que el Poder Ejecutivo, en muchos casos con el consentimiento del Congreso, ha dictado medidas extraordinarias y de urgencia en materia económica y financiera. Así las cosas, el autor recientemente aludido

(1996:238-239) refiere que, “Como puede apreciarse, las medidas extraordinarias en nuestro país han sido empleadas para regular transitoriamente acontecimientos que configuraban una urgente necesidad nacional, debían ser previamente autorizadas por el Congreso vía ley (no configuran legislación delegada por ser temporales), se emitían cuando éste se encontraba en funciones o en receso indistintamente y, en algunos casos, se exigió que el Poder Ejecutivo «diera cuenta» al Congreso de las mismas.”



En suma, nos dice Rodríguez Cairo (2021) que, “El ejercicio de toda actividad económica puede limitarse. Sin embargo, es preciso que las restricciones legales adoptadas no enerven esa legítima autonomía, así como también impidan a los operadores económicos privados diseñar su propia estrategia para ofrecer, adquirir, vender o hasta permutar en el mercado. Ello, sin perjuicio de reconocer que incluso las medidas estatales que pretendan operar sobre el ámbito de las

libertades económicas deben ser *razonables y proporcionadas*. Asimismo, el artículo 61 confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas. De esta forma, nuestro texto fundamental no admite que un solo productor satisfaga la demanda de todos los consumidores o usuarios, pues ello, en los hechos, le permitiría determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, a costa de extraer recursos del consumidor o usuario. El Estado debe, asimismo, evitar la instauración de posiciones dominantes, esto es, la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente, es decir, con opción de prescindencia de sus competidores, compradores y clientes o proveedores en función a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las peculiares características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico, etcétera.”(Las cursivas son nuestras)

Adicionalmente, Rodríguez Cairo (2021) justifica la intervención del Estado en la actividad

económica de libre mercado y libre competencia indicando que:

“Una de las razones básicas que justifica la intervención del Estado en la economía es la ineficiencia económica originada por diversas fallas del mercado: externalidades, mercados incompletos, falla de la competencia, existencia de bienes públicos, asimetrías de la información, déficit presupuestario, desempleo e inflación. Dentro de este ámbito, la falla de la competencia se presenta porque existe un número reducido de partícipes en el mercado, lo que comúnmente se conoce como competencia imperfecta, la cual se asocia a cualquiera de los tipos de imperfección del mercado: competencia monopolística, monopolio, monopsonio, oligopolio, oligopsonio. *De manera que, la falla de la competencia justifica la intervención del Estado para que éste corrija cualquier situación que la obstaculice*”. (Las cursivas son nuestras)



Herrera Vásquez (1996:248) cita a Eguiguren señalando que, “En tanto la posibilidad de emitir estas medidas extraordinarias (se refiere al

artículo 132) era una facultad atribuida genéricamente al Estado, podrían tener la forma de leyes del Congreso o *decretos supremos del Poder Ejecutivo*. En este segundo caso, dado que la Constitución anterior no exigía que se dé cuenta de tales medidas al Congreso, a diferencia de las medidas del artículo 211 °, inciso 20, debían tratarse de decretos supremos ordinarios, sin fuerza de ley”

Marcado así el deslinde queda un lugar común. Un gran lugar común. La dación de ambas fuentes se origina en la suscitación de circunstancias o situaciones excepcionales, emergentes e imprevistas revistiendo carácter de urgencia. Ello, al final, supone que configurados esos supuestos extraordinarios “habilitadores” el orden normal de competencias salte y quede subvertido. De ahí que el Estado con economía de libre mercado y libre competencia pueda intervenir de modo excepcional en la actividad económica. Igualmente, a través de las medidas a que se refería el artículo 211(20) se podrían regular materias de substrato económico y financiero que en condiciones de normalidad son privativas de la Ley. Esto es, reserva material y formal de Ley. Pero este salto del orden de competencias

se *publica* -si se nos permite el término – dado el interés nacional que el mismo gatilla, supone e importa.

Inciendo en el deslinde de ambos artículos queda nítido que sólo el Presidente de la República podía dictar “medidas extraordinarias” de acuerdo al artículo 211(20) de la derogada Constitución. En cambio, el artículo 132 empoderaba al Estado, sin más ni más, para dictar las referidas “medidas”. Es sabido que desde la perspectiva del Derecho público interno el concepto de “Estado” no es más que una entelequia. Es precisamente por ello que entenderíamos que cuando se alude a “Estado”, se debe de comprender al Congreso, al Poder Ejecutivo, a las Administraciones públicas autónomas de relieve constitucional y de substrato económico y financiero (BCR, SBS), así como a las Regiones y Municipalidades. Y si en el presente texto utilizamos el término “Estado” ello solo es para fines didácticos.

Otro punto de deslinde bien podría ser el que se refiere al carácter transitorio de las medidas. El artículo 132 sí se refería de modo expreso a medidas “transitorias”. Esto no era preceptuado por el artículo 211(20). Sin embargo, ello no

puede llevarnos a pensar que en este último caso las medidas podían ser de carácter permanente. Considerando las circunstancias que se configuran para la dación de las medidas a que se refería el artículo 211 (20), esto es, situaciones “extraordinarias”, además de la obligación de dar cuenta al Congreso para su eventual derogación, modificación o ratificación; hacen presumir que la *transitoriedad* de estas medidas era una de sus características. Por ello descartamos que en lo que a transitoriedad se refiere, no existe lugar para proceder a un deslinde.

Como ya se ha insinuado líneas arriba, otro punto de deslinde sería que el artículo 132 no preceptuaba la obligación de dar cuenta al Congreso cuando una medida era dictada, claro está, por una entidad distinta a este.



A modo de anécdota, diremos que el Decreto de Urgencia 002-2023 que establece medidas extraordinarias para impulsar la reactivación económica en el ámbito sectorial, regional y

familiar a través de la inversión pública y gasto corriente, dispone en su artículo primero como objeto, “establecer *medidas extraordinarias y urgentes, en materia económica y financiera,* que contribuyan a la reactivación y estímulo de la economía nacional, así como de la economía familiar de personas en situación de vulnerabilidad, en virtud a la situación generada debido a los recientes conflictos sociales y su impacto económico en la canasta básica de alimentos”.(Las cursivas son nuestras)

Al respecto, es de precisar que el citado texto, puesto en cursivas, presenta un aire de familia con el fraseo del artículo 132 de la derogada Constitución de 1979.



Queremos referirnos a algo que en común tenían las medidas extraordinarias diseñadas por los dos artículos de la derogada Constitución, y que son materia de estudio en el presente texto. Nos referimos pues y

justamente, a la naturaleza jurídica de “medidas” de ambas fuentes.

La pregunta es, ¿qué se entiende por “medidas” desde la perspectiva del Derecho público interno?

Para tal efecto, nos basta con citar a Mendoza Escalante (2000, p. 389). Este autor precisa que las «medidas» se caracterizan por estar determinadas para una situación o condición concreta, pero no en el sentido de que lo existencial desborde la normatividad, sino en el de una diferencia entre leyes orientadas en la justicia y leyes-medida orientadas en la conveniencia (utilidad); sin embargo, no debe extremarse en este tipo de caracterizaciones, más bien se debe entender que se trata de un tipo de normas con específicos rasgos. Dicho de otro modo, la caracterización de este tipo de normas no debe partir de requisitos sustantivos (por ejemplo, su relación con determinados valores), sino más bien en función de sus rasgos formales en cuanto norma jurídica (por ejemplo, con sujetos destinatarios plenamente individualizados, con un contenido —efecto— plenamente determinado, no requiriendo un acto adicional de aplicación).

## Bibliografía

Eguiguren Praeli, F. (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. Derecho PUCP, (40)

Herrera Vásquez, R. (1996) Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano. Derecho PUCP, (50).

Mendoza Escalante, M. (2000). «El amparo como mecanismo de control de la constitucionalidad». Revista Peruana de Derecho Constitucional, 363-397.

Ochoa Cardich, C. (1985). Constitución y economía de mercado. Derecho PUCP, (39).

Planas Silva, P. (1993). Decreto de urgencia y «medidas extraordinarias». Notas para una tipificación. Ius Et Veritas, 4(7), pp. 133-158.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404>

Rodríguez Cairo, Vladimir (2021). “Principio constitucional de la libre competencia”. En Cuestiones constitucionales, núm. 44, pp. 257-289, 2021. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/885/88571718010/html/>

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

Tafur Charun, E. (2022). Las normas «medida». Estudio Castillo Freyre, Artículos. <https://castillofreyre.com/articulos/las-normas-medida/>