
Reflexiones en Torno al Tratamiento Constitucional de los Decretos de Necesidad y Urgencia en América Latina

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
Catedrático de Derecho Constitucional y
Procesal Constitucional de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

I. EL SURGIMIENTO DE UN EJECUTIVO LEGISLADOR Y SUS RIESGOS

Sin duda alguna, unos de los elementos más relevantes dentro de la evolución del Derecho Constitucional ha sido el de la consagración de la Teoría de la Separación de poderes, teoría que estableció en términos de Loewenstein "la forma clásica de distribuir y controlar el ejercicio del poder político"¹. Dejando de lado las importantísimas diferencias entre las experiencias norteamericana y europea sobre la materia², es fácil comprobar cómo en ambas situaciones uno de los objetivos más notorios (sino el de mayor significación) al plasmar esta posición doctrinaria fue el de asegurar una limitación al excesivo crecimiento de las atribuciones del Ejecutivo dentro de una estructura estatal cuyas proporciones eran más bien reducidas, postura consecuente con el principio libera de descargar el grueso de la dinámica social (y sobre todo, la mayor parte del que hacer económico) en manos del accionar de los particulares.

Sin embargo, pronto la aparición de nuevos actores sociales en la escena política oficial (importante

consecuencia del modelo de desarrollo impulsado por el régimen económico entonces imperante) presionará a un redimensionamiento de la labor estatal, circunstancia que va a tener dos manifestaciones fundamentales: por un lado, el Estado comienza a asumir una mayor participación dentro de la vida económica y social, convirtiéndose en un agente económico y de prestación de servicios de significativa relevancia; pero además de ello, ese mismo Estado progresivamente va transformándose en una instancia cada vez más interesada en regular algunas pautas del que hacer social. Estos acontecimientos, cuya importancia es innegable dentro de la evolución del Derecho Constitucional, han tenido como una de sus expresiones más claras (en el plano de aquello que podríamos considerar dentro de lo estrictamente jurídico) la de un desmesurado crecimiento de las responsabilidades a cargo del "Gobierno o Poder Ejecutivo", instancia estatal que se verá nuevamente tentada a desempeñar labores legisferantes, ahora bajo el argumento de una indispensable celeridad en la elaboración de la normatividad necesaria para facilitar el desarrollo de las nuevas actividades que le ha tocado asumir³.

¹ LOEWENSTEIN, Karl - Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1982. p. 54 y ss.

² Como bien sabemos, y de acuerdo al contexto histórico que debemos analizar, encontramos dentro de las diferentes pautas con las cuales se buscó consolidar la construcción del Estado de Derecho en Europa un cierto énfasis en potenciar un diseño de interrelación entre los "Poderes" del Estado que privilegia la labor del Parlamento, instancia que en ese momento era la que mejor representaba la oposición a aquello que en Francia se conoció como "el Ancien Regime". En el caso norteamericano, por diferentes circunstancias que aquí sería muy largo detallar, se consagró más bien un esquema de pesos y contrapesos que en principio no buscaba privilegiar el accionar de ninguno de los Poderes del Estado frente a los otros, sino que apuntaba a una lógica del mutuo control entre el gobierno, los congresistas y la Judicatura. Sin embargo, en ambos sistemas (el norteamericano y el europeo), primaba la lógica de un necesario control a aquella instancia que debido a su rol dentro del aparato estatal era la más susceptible de incurrir en abusos y excesos: el Gobierno.

³ De hecho el riesgo de un gobierno con atribuciones legisferantes siempre estuvo presente, y es lo que se dio en la práctica bajo ciertas manifestaciones en el ejercicio del llamado "principio monárquico", planteamiento que convivió con el principio democrático en muchos países de Europa Occidental durante buena parte del siglo XIX.

De este cuestionamiento a una formulación más bien clásica sobre la distribución de las funciones estatales más relevantes entre los Poderes "Ejecutivo", "Legislativo" y "Judicial" (fenómeno que tiene hoy un alcance mundial) no se han librado ni siquiera los países adscritos a regímenes de corte Presidencialista, pues incluso en los Estados Unidos se han presentado casos en los cuales, muy a despecho del rígido modelo de separación de poderes allí imperante, el Ejecutivo no ha podido sustraerse a la tentación de asumir roles Legisferantes⁴.

Pero aquello que en muchos países no ha pasado de ser una situación excepcional, en el escenario latinoamericano (con la invalorable ayuda de un contexto de mayor debilidad institucional y desembozada vocación hegemónica a nivel gubernamental) se ha convertido en un hecho político y jurídico de enormes proporciones. Ni siquiera hoy, cuando se agudiza la crisis del llamado Estado de Bienestar, se ha podido amainar esta tendencia: Todo lo contrario, pues junto al mantenimiento de una impronta propia del Estado Social⁵ tenemos también que un importante sector dentro del pensamiento actualmente conocido como "neoliberal" se ha mostrado en nuestros países como proclive a descargar el grueso de la labor legislativa (sobre todo en aquella normatividad vinculada con el tema económico) en manos del Ejecutivo, a quien se considera más apto para asumir buena parte de las tareas legislativas bajo criterios más "dinámicos" y "técnicos", adjetivos muchas veces empleados para así descalificar la dinámica de corte deliberativa usada por el Congreso en la realización de este tipo de

actividades. Es entonces este el motivo por el cual nos referimos a aquello que en América Latina podríamos calificar como una de las manifestaciones más significativas del fenómeno que acabamos de describir: la asunción de importantes labores legislativas por el gobierno a través de los llamados "Decretos de Necesidad y Urgencia".

II. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA COMO LOS MAS DESARROLLADOS INSTRUMENTOS PARA EL EJERCICIO DE LABORES LEGISFERANTES POR EL EJECUTIVO. LA POSICION DEL CONSTITUYENTE ARGENTINO DE 1994 AL RESPECTO

Tal vez por no requerirse el principio de norma habilitante del Congreso para su libre ejercicio (elemento indispensable, por ejemplo, para la dotación de legislación delegada), entre todos los mecanismos empleados por el gobierno para el desempeño de facultades legisferantes en nuestro país, el más usado ha sido sin discusión alguna, el de los Decretos de Necesidad y Urgencia, justamente aquel mecanismo con el cual se hace más difícil asegurar el respeto de las diferentes restricciones institucionales, propias de un Estado de Derecho.

Los 308 decretos de este tipo dictados en la Argentina entre 1989 y 1993⁷ o los más de dos mil emitidos en el

⁴ En el parlamentarismo este potencial enfrentamiento en el ejercicio de funciones legisferantes entre Gobierno y Parlamento se ve atenuado por el importante grado de identificación existente entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria. Es más, desde hace muchísimo tiempo es el gobierno quien impulsa y monitorea la agenda de la discusión parlamentaria en países con un parlamentarismo tan acentuado como el inglés. Esta situación de alguna manera ha mitigado (aunque no desaparecido) en esos países la tentación de recurrir a salidas como las de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

⁵ Nos estamos aquí refiriendo a las Executive Orders, decisiones presidenciales de carácter excepcional a través de las cuales se han sustentado comportamientos tan diversos como el de la detención preventiva y reubicación de la población japonesa durante la época de Roosevelt; la confiscación de las acerías para evitar los efectos de un huelga dentro de estas empresas podía originar en el desarrollo de la guerra de Corea; o por último, la nulidad de algunos embargos y suspensión de procesos judiciales durante la crisis de los rehenes en Irán. En estricto, la puesta en práctica de todas estas actuaciones presidenciales habría requerido de una participación o labor del Congreso, la cual no se dio. Ver al respecto FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo -"Gobierno por Decreto". En: El Derecho, No. 8525. Año XXXII (más precisamente el 27 de Junio de 1994) p.4.

⁶ Asumimos aquí la distinción que efectúan importantes autores europeos -Manuel Aragón Reyes, por ejemplo- entre el llamado Estado de Bienestar o Providencia y el denominado Estado Social. Nos referimos en estricto al Estado de Bienestar al describir el fenómeno en el cual la participación estatal se da directamente como agente económico o como prestador de servicios en ámbitos como el de la salud, la educación, etc.; en cambio, cuando hablamos del Estado Social hacemos referencia a aquella conversión del Estado en una instancia interesada en regular algunas pautas del quehacer social. Coincidimos con quienes señalan como el primero de estos fenómenos hoy se encuentra en franca crisis y retroceso, mientras que el segundo (el Estado Social) parece permanecer vigente a pesar de importantes transformaciones en sus manifestaciones más relevantes.

⁷ Ver al respecto lo señalado por FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo -Op.Cit. p. 4.

Perú entre 1980 y 1992⁸ son algunas buenas referencias sobre las cuales sustentar dos reflexiones que nos parecen centrales al respecto: la primera de ellas es apreciar cuan frecuentemente se ha recurrido a estas normas en diversas naciones de nuestro subcontinente, a pesar de que en muchos casos la posibilidad de que el Ejecutivo asuma atribuciones legisferantes era una circunstancia no prevista e incluso explícitamente proscrita en algunos textos constitucionales latinoamericanos; la segunda, el constatar como el uso de estos decretos en nuestros países ha estado lejos de circunscribirse a aquellos parámetros de temporalidad, excepcionalidad y urgencia que han caracterizado el ejercicio de esta figura dentro del Derecho Comparado.

El texto constitucional Argentino luego de su reforma en 1994, aún cuando plantea como regla general la negación de toda atribución legisferante al gobierno de turno, proporciona como posibilidad excepcional la de un reconocimiento a la existencia de estos decretos, tratando además de esbozar una serie de mecanismos que aseguren un control parlamentario sobre los mismos (artículo 99, inciso 3 en sus tercer y cuarto párrafos). Lo allí previsto señala en líneas generales lo siguiente:

«Se reserva la dación de estos decretos para el tratamiento normativo de circunstancias (...), las cuales por su propia naturaleza hacen imposible su regulación siguiendo los trámites ordinarios...»

- Se reserva la dación de estos decretos para el tratamiento normativo de circunstancias consideradas como muy especiales, las cuales por su propia y particular naturaleza hacen imposible su regulación siguiendo los trámites ordinarios constitucionalmente previstos para la sanción de las leyes;
- Se señala la imposibilidad de dictar estos decretos como mecanismos para la regulación de determinadas materias (penal, tributaria y electoral, así como todo aquello que se encuentre vinculado al régimen de los partidos políticos);

- Los decretos de urgencia solamente podrán emitirse si es que existe un acuerdo en este sentido entre los ministros llamados a refrendarlos y el Jefe de Gabinete de Ministros o Ministro Coordinador;

- Se explicitan asimismo algunas líneas de un posible control parlamentario al respecto: sometimiento de la medida a una Comisión Bicameral Permanente; comisión que tendrá un plazo de diez días para emitir un informe favorable o desfavorable a la convalidación legislativa del decreto sujeto a revisión. Dicho informe deberá luego ser elevado al pleno de cada Cámara. El plenario de cada Cámara esta a su vez obligado a darle inmediato y expreso tratamiento a este informe.

En el papel pareciera existir entonces algunos interesantes recaudos para iniciar la regulación de aquello que, tal como apuntamos en otros trabajos, y muy a pesar de nuestras preferencias personales “parece imponerse como un hecho real ante la incapacidad de la institución parlamentaria, atada por la lógica deliberante de su

funcionamiento, para asumir la dinámica demanda de normatividad requerida por el nuevo escenario político y social existente”⁹. Sin embargo, como intentaremos aquí demostrar, pueden constatarse importantes imprecisiones en la formulación planteada por el constituyente argentino de 1994, las cuales, si no son adecuadamente asumidas, pueden más bien en los hechos consagrar una ilimitada e incontrolable intromisión del gobierno en tareas legisferantes.

La primera de estas imprecisiones está en nuestra opinión vinculada a aquella tentativa delimitación de los temas no susceptibles de regulación vía Decreto de necesidad y urgencia que recoge el artículo 99 inciso 3. Allí la opción asumida al respecto por el constituyente argentino es sin duda una de las fórmulas más amplias de habilitación al accionar del ejecutivo que sobre este tema hemos encontrado en el

⁸ Datos extraídos de ABAD, Samuel y GARCÉS, Carolina -“El Gobierno de Fujimori: antes y después del golpe”. En: AAVV- Del golpe de Estado a la Nueva Constitución. Lecturas sobre temas constitucionales No. 9. Lima, 1993. p. 103.

⁹ Ver al respecto el artículo que elaboramos conjuntamente con Martha S. Amoresano denominado “Los Decretos de Necesidad y Urgencia: Riesgos para la vigencia de un Estado. En: El Derecho No. 8525. Año XXXII. Buenos Aires, 27 de Junio de 1994.

Derecho Comparado. A nivel mundial la pauta siempre ha sido la inversa a la adoptada en el caso argentino, pues antes de señalarse sobre que temas no se pueden dictar estos decretos (alternativa que deja peligrosamente abierta la posibilidad de regular vía decretos de necesidad y urgencia algunos de los más significativos espacios dentro de la vida política y jurídica nacionales) lo que se ha hecho tradicionalmente en estas situaciones ha sido el asumir una posición más bien restrictiva (solamente habilitar la emisión de decretos de necesidad y urgencia en algunos temas específicos, prohibiendo explícitamente su uso en aquellas materias que no hayan estado taxativamente habilitadas). Y es que si estamos hablando de la regulación de una institución cuyo empleo en principio debe restringirse a situaciones excepcionales, pareciera ser un contrasentido adoptar fórmulas que faciliten la aplicación de esta alternativa a un número casi ilimitado de posibilidades.

Esta primera acotación se encuentra muy vinculada con aquella que procederemos a plantear en un segundo término: una rápida mirada a lo hasta hoy previsto en el caso argentino nos permite apreciar como los alcances de aquellos temas no susceptibles de regulación vía decretos de necesidad y urgencia (materia penal, tributaria, electoral o régimen de los partidos políticos) todavía resultan bastante imprecisos, siendo entonces posible la emisión de decretos que sin corresponder directamente a una de estas materias "no autorizadas" puedan tener una influencia muy relevante en las mismas. Habrá pues en éste, como en otros aspectos vinculados con la materia que venimos analizando, que esperar las precisiones que tenga a bien incluirse en la correspondiente ley de desarrollo, o en su defecto (y en algunos casos incluso en forma complementaria) será necesario aguardar la posición asumida por la judicatura en la resolución de algunos casos concretos.

También resulta importante señalar, como las pautas bajo las cuales se ponen en consideración del Congreso los diversos decretos de necesidad y urgencia dictados por el Ejecutivo son otro potencial punto de controversia, pues el texto constitucional pareciera implícitamente reservar la determinación sobre cuando estamos frente a un decreto de necesidad y urgencia (y por lo tanto, norma susceptible de una muy

especial revisión parlamentaria) a la discrecionalidad gubernamental (más propiamente de su Jefe de Ministro o Ministro Coordinador) y no del Congreso, con lo cual se produce la paradójica situación de que es la misma instancia cuyos actos son sometidos a control la encargada de establecer en que casos puede ser controlada. Lo que acabamos de señalar puede tener graves repercusiones en el caso argentino, en donde importantes estudios¹⁰ han comprobado como en el 48% de los decretos de necesidad y urgencia dictados entre 1989 y 1993 el gobierno omitió mencionar este particular carácter de la norma que acababa de emitir, con lo cual quedaría abierta la posibilidad de que la oportunidad, constitucionalidad y conveniencia de verdaderos decretos de necesidad y urgencia no puedan ser analizadas a través de un procedimiento como el hoy previsto en el texto constitucional, procedimiento que en principio intenta hacer más expeditiva y menos engorrosa esta labor.

No queríamos concluir estas anotaciones sin mencionar hasta tres aspectos que nos parecen fundamentales: el primero de ellos está relacionado con la capacidad operativa que actualmente tiene el Congreso argentino para asumir esta nueva e importante responsabilidad que explícitamente se le adjudica. El segundo, a pesar de tener un carácter más coyuntural, no deja de ser por ello menos importante, pues busca contestar una pregunta de indudable relevancia como es la de determinar si podrá constituirse algún mecanismo que permita la rápida revisión de los decretos ya emitidos y que en su momento no fueron controlados, pues no se presentó o no se tuvo realmente la oportunidad de efectuar un pronunciamiento parlamentario o judicial al respecto. Y por último, creemos indispensable hacer si quiera un breve acercamiento a cuales pueden ser los efectos de la intervención (y en algunos casos, de la intervención extemporánea e incluso la no intervención) del Congreso en estos temas. Tres aspectos que por su gran importancia y profundidad aquí solamente nos limitaremos a esbozar.

Y es que en relación al primer tema de los aquí mencionados, no podemos dejar de anotar como pocos fenómenos generan, tanto a nivel mundial como en el caso argentino un consenso tan grande como el configurado en torno a la constatación de que la dinámica fundamentalmente deliberativa de la labor parlamen-

¹⁰ FERREIRA RUBIO, Delia y GORETTI, Mateo. Op.cit. p.4

taria viene siendo completamente desbordada por los múltiples requerimientos que hoy dicha institución debe afrontar. Este problema, el cual desemboca en un inevitable recargo de trabajo en el Congreso, se ha agravado en estos últimos años en aquellos países, como ocurrió con Argentina, han modificado totalmente su texto constitucional o le han introducido variaciones de gran importancia. Exhaustivos análisis de lo previsto por el texto constitucional argentino recientemente reformado en 1994 permitieron determinar como esa reforma generaba en el legislador la necesidad de dictar unas veintitrés leyes de desarrollo constitucional, sin contar además con las importantes modificaciones que la reforma efectuada debe originar en otras Disposiciones Legales dentro del ámbito de la normatividad federal de dicho país. Si a esta larga lista de nuevas actividades le añadimos los quehaceres que ya son propios de la labor del Congreso, podremos suponer que el tiempo y la dedicación de esta institución va a poner en el control de los decretos de Necesidad y Urgencia corre el riesgo de no ser de gran relevancia, lo cual dejaría abierta una posibilidad de actuación complementaria discrecional e incontrolada del gobierno en este rubro.

«Se señala la imposibilidad de dictar estos decretos como mecanismos para la regulación de determinadas materias, así como todo aquello que se encuentre vinculado al régimen de los partidos políticos.»

Por otro lado, el segundo problema que anotamos líneas arriba parte de una constatación que en el caso argentino se ha hecho manifiestamente evidente: aquella que resalta como hasta hoy no ha existido un mecanismo que haya permitido una eficiente evaluación parlamentaria (e incluso jurisdiccional) sobre la constitucionalidad, o por lo menos, la legalidad de estos decretos. Ello ha llevado a que muchas de estas normas, las cuales no resistirían, un análisis jurídico serio (análisis con el cual se busque corroborar si dichas normas encajan dentro de las pautas previstas para los decretos de necesidad y urgencia en el Derecho Comparado) continúen conservando plena vigencia y validez jurídica. Nosotros frente a lo expuesto creemos que una eficiente solución a este problema parte de la alternativa que asumamos frente al tercer aspecto que aquí anotábamos: el de cómo debe entenderse la no intervención e incluso la no actuación parlamentaria en estos temas.

Esto lo decimos pues resulta sumamente fácil apreciar como en el texto constitucional reformado no hay siquiera mención a los efectos que puede traer un pronunciamiento (o en su caso, el silencio) parlamentario sobre la vigencia de un Decreto de necesidad y urgencia. Lo único que actualmente podría argumentarse al respecto es la prohibición de sanción ficta de leyes prevista por el artículo 82 del texto constitucional, disposición cuya aplicabilidad a este caso concreto es discutida por importantes especialistas en la materia, y asunto que sin duda la ley de desarrollo correspondiente debería resolver.

Volviendo entonces al análisis de comportamiento del Congreso frente a la dación de decretos de Necesidad y Urgencia emitidos por el Ejecutivo, aquí el Derecho Comparado contempla una multiplicidad de opciones, las cuales conviene explicitar: por un lado, en algunos países el Congreso solamente está obligado a pronunciarse frente a los decretos donde considera que el Ejecutivo ha excedido las atribuciones que legalmente se le había concedido al respecto. La falta de un pronunciamiento sobre la legalidad o constitucionalidad de los demás decretos (luego del vencimiento de un plazo más bien razonable) es entendida dentro de este sistema como una convalidación automática de la bondad y legalidad de dichas normas.

En contraposición a lo que acabamos de exponer, hay para quienes siempre es necesario una opinión expresa del Congreso para acreditar la validez de un Decreto de Necesidad y Urgencia, en estos casos la falta de un pronunciamiento parlamentario sobre una de estas disposiciones dentro de un plazo mas bien razonable suele ocasionar que el decreto susceptible de convalidación pierda todos sus efectos jurídicos, una opción completamente distinta a la asumida bajo los otros parámetros que aquí también hemos tenido la oportunidad de reseñar.

Y es que a diferencia de lo ocurrido con la primera de las alternativas expuestas, donde aquello que se ale-

ga tiene preferencia es la protección de la seguridad jurídica y los posibles derechos adquiridos dentro del ordenamiento legal que estos decretos puedan haber generado, en la segunda postura lo que encontramos es un criterio donde se privilegia el carácter temporal y excepcional de los decretos de necesidad y urgencia; como bien apuntan los defensores de esta segunda posición, una posible negligencia parlamentaria en el ejercicio de sus labores de control no puede bastar para darle plena validez jurídica a algo que en esencia carece de ella¹¹.

Ambas son pues dos alternativas opinables, aunque nosotros consideramos que en principio la segunda de las alternativas mencionadas es aquella que finalmente asegura una mayor solidez para el ordenamiento jurídico de un país y un rol más importante para la labor parlamentaria en estos temas. Sin embargo, la actuación jurisprudencial frente a casos como el «Peralta»¹² nos permite señalar que la posición de la Corte Suprema Argentina parece estar más próximo al primero de los criterios aquí esbozados, criterio que a pesar de su aparente practicidad se nos presenta también como el más proclive a una convalidación más bien indiscriminada de las facultades legisferantes del gobierno, justamente lo que un eficiente control parlamentario (o uno de carácter jurisdiccional) en estos temas debería buscar evitar.

Todo lo que hemos venido exponiendo nos hace pensar como el tratamiento de este delicado tema dentro del ordenamiento jurídico constitucional argentino tiene pues todavía muchos puntos por aclarar, algunos de los cuales desde ya vienen reclamando importantes precisiones del Legislador (y eventualmente de la judicatura al momento de la resolución de ciertos casos en concreto).

III. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN EL PERU: MAS SOMBRAS QUE LUCES EN EL TRATAMIENTO DE ESTA IMPORTANTE INSTITUCION

3.1 El Panorama existente al respecto hasta antes del Texto Constitucional de 1993

Desafortunadamente es bien conocido que frente a los problemas originados por los decretos de necesidad y urgencia dentro del derecho comparado el caso peruano a estado muy lejos de ser una excepción al respecto. Y es que si bien nuestros textos constitucionales del siglo pasado (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867) e incluso la carta de 1920 nunca explicitaron el reconocimiento de facultades legisferantes a los diferentes gobiernos de turno, diversos acontecimientos ocurridos en el Perú durante estos últimos años dejaron de lado esta tan rígida comprensión de la Teoría de la Separación de Poderes.

«(...) Una posible negligencia parlamentaria en el ejercicio de sus labores de control no puede bastar para darle plena validez jurídica a algo que en esencia carece de ella.»

Ya en la Constitución de 1993, y muy a despecho del modelo semi-parlamentario que este texto parecía apuntalar, comenzó a aceptarse que el Ejecutivo podría excepcionalmente incursionar en campos que tradicionalmente eran de competencia del Congreso, al permitírsele la posibilidad de adoptar las medidas que juzgue convenientes para limitar el ejercicio de la actividad comercial e industrial si lo exigen la seguridad o necesidad públicas (artículo 40) o el abaratar las subsistencias en circunstancias extraordinarias de necesidad social (artículo 49). Pero los retos de la realidad concreta rápidamente desbordaron los supuestos de dichas normas, y como bien indicaba García Belaúnde¹³, en varias ocasiones (1936, 1939,

¹¹ Nos referimos aquí al excelente análisis que al respecto viene elaborando Alberto Dalla Vía, trabajo que esperamos ver muy pronto publicado en su integridad.

¹² CSJN 27-12-90. Peralta, Luis C. "Estado Nacional, Ministerio de Economía -Banco Central". Reproducido también en "El Derecho" No. 141-519 y "La Ley" No. 1991-C-141.

¹³ GARCIA BELAUNDE, Domingo -Funciones Legislativas del Ejecutivo Moderno: el caso Peruano. En: Lecturas sobre temas constitucionales. No. 3. Lima, CAJ, 1989. p. 22-23.

1948, 1968), gobiernos peruanos que reclamaban para sí legitimidad democrática, asumieron funciones legisferantes ilimitadas, contando en algunos casos incluso con la anuencia del Congreso entonces en funciones.

Ante estos precedentes, la Asamblea Constituyente de 1978-1979 decidió proporcionarse un mejor tratamiento a este problema, y por ello incorporó oficialmente al ordenamiento jurídico peruano la figura de la Legislación Delegada (artículo 188 del texto de 1979)¹⁴. Cabe señalar que en el debate constituyente se rechazó expresamente la posibilidad de introducir en la carta de 1979 a los decretos de necesidad y urgencia; sin embargo, finalmente se incorporó dentro de las atribuciones del Presidente de la República (artículo 211) lo siguiente:

“Artículo 211.- son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

Inciso. 20.- 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 “.

La deficiente formulación de esta norma (no establecía la jerarquía normativa que correspondía a estas “medidas extraordinarias”; no especificaba que se entendía como «materia económica y financiera»; no señalaba por cuanto tiempo regirían dichas disposiciones; y por último, no precisaban los efectos y oportunidad de la dación de cuenta al Congreso) propició diversas interpretaciones sobre su contenido y alcances. Lo cierto es que a través de esta ambigua disposición legal, los gobiernos constitucionales de Fernando Belaúnde Terry y Alan García Pérez asumieron que se había introducido en el ordenamiento jurídico

peruano a los decretos de necesidad y urgencia, decretos que emplearon con injustificable e inconveniente frecuencia¹⁵.

El mecanismo de control explícitamente previsto en la Carta de 1979 para el control de estas normas, la dación de cuenta al Congreso, no surtió los efectos esperados. Esto ocurrió en parte por la falta de precisiones frente a lo que se entendía como “dación de cuenta” en el caso peruano, pero fundamentalmente se sustentó en la comunión de intereses entre los gobiernos antes mencionados y las mayorías parlamentarias del Congreso durante los períodos 1980-1985 y 1985-1990. Por otro lado, el Tribunal de Garantías Constitucionales, llamado a desempeñarse como supremo interprete de la Constitución desde la entrada en vigencia del texto de 1979, rehuyó la posibilidad de efectuar importantes precisiones al respecto al declararse incompetente para analizar la constitucionalidad de una de estas normas¹⁶.

Frente a este estado de cosas, el gobierno de Alberto Fujimori tampoco escapó a la tentación de dictar este tipo de decretos; pero a diferencia de sus antecesores encontró mayores resistencias en el seno del Congreso, resistencias que cobraron significativa relevancia debido a que el nuevo gobernante carecía de mayoría parlamentaria propia. Es entonces que comienza a tomar cada vez mayor consistencia la propuesta que luego se constituyó en la Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente de la República (Ley 25397), ley observada por Fujimori y finalmente promulgada por el Congreso en febrero de 1992.

La ley 25397 intentó introducir algunas pautas que limiten el libérrimo e incontrolado ejercicio de estos decretos, a los cuales denominó Decretos Supremos Extraordinarios (DSE). Los Decretos Supremos Ex-

¹⁴ Decimos que esta incorporación es “oficial” de la legislación delegada al ordenamiento jurídico peruano, pues ésta ya se había dado anteriormente en varias ocasiones en nuestro país, siendo tal vez la más significativa la habilitada por la Ley 17044 de junio de 1968, ley gracias a la cual el Ejecutivo de aquel entonces dictó más de trescientos decretos supremos con la anuencia de la mayoría de los parlamentarios, a pesar de que los congresistas de 1968 no estaban autorizados a asumir estas actitudes de acuerdo con el texto constitucional entonces vigente. Un detallado análisis de estos acontecimientos lo encontramos en GARCIA BELAUNDE, Op.cit. p.23.

¹⁵ Se dictaron 667 de estos decretos en el gobierno de Fernando Belaúnde Terry y 1338 en el de Alan García Pérez. Ver al respecto ABAD, Samuel y GARCÉS, Carolina. Op.cit. p.103.

¹⁶ Esto ocurrió en el Expediente 004-90-1/TGC. Lo sucedido en este caso es lo que en buena medida explica el por qué estos Decretos (llamados Decretos Supremos Extraordinarios por la Ley 25397) fueron luego considerados como impugnables vía Acción Popular, lo cual en estrictos términos técnicos era absolutamente insostenible. Ver sobre el particular nuestro “El tratamiento del Control de Constitucionalidad en el Perú: Balance y perspectivas”. En: Prudentia Iuris No. 31. Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica de Argentina, 1993. p 36.

traordinarios tenía en principio una vigencia temporal (nunca mayor de seis meses) y rango de ley (es más, durante su existencia podrían poner en suspenso la vigencia de una ley). Se explicitaba que únicamente podían dictarse para normar situaciones extraordinarias e imprevisibles, situaciones cuyos efectos pudieran constituir un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas; y además buscando que no existiese ninguna duda sobre cuales eran las materias habilitadas para una regulación a través de estos Decretos, entraba a precisarse cuales serían dichas materias¹⁷. Finalmente se señalaba claramente los tipos de control aplicables a estos casos: por un lado, un control parlamentario bajo la modalidad de "silencio positivo" (el silencio del Congreso confirmaba la validez de un DSE); y de otro, un control jurisdiccional ante el Poder Judicial a través de la Acción Popular.

Independientemente de nuestras abiertas discrepancias con algunas de las alternativas asumidas por la ley 25397 (por ejemplo, el aceptar una convalidación tácita de un DSE nos parece una postura manifiestamente inconveniente), concordamos con quienes señalaban que esta era una norma que adoptaba "una opción interpretativa razonable" en el intento de regular los alcances y el control de aquellas atribuciones otorgadas al Presidente de la República al amparo del artículo 211 inciso. 20 de la Carta de 1979¹⁸. Sin embargo, la sola existencia de este dispositivo legal irritó muchísimo al fujimorismo, tanto que la dación de ley 25397 fue luego invocada como uno de los hechos que sustentaron la realización del autogolpe del 5 de abril de 1992. Lo recientemente expuesto puede explicar en gran medida el porqué el texto constitucional de 1993 asume un tratamiento de este tema bastante distinto al recogido por la norma que acabamos de reseñar.

«... es bien conocido que frente a los problemas originados por los decretos de necesidad y urgencia dentro del derecho comparado el caso peruano ha estado muy lejos de ser una excepción al respecto.»

3.2 La situación actual: lo dispuesto desde 1993 y algunas de sus posibles consecuencias

El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

"Artículo 118.- 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 requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al congreso. el congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".

Indudablemente la norma a la que acabamos de hacer referencia contiene algunas precisiones conceptuales importantes. La primera de ellas es que sin duda llama a las cosas por su nombre, o como bien apunta Fernández Segado en acertado comentario, lo que se hace en la Constitución de

1993 en este punto es en realidad formalizar una práctica que ya era muy común¹⁹. El segundo acierto en esta materia es sin duda explicitar el carácter de leyes en sentido material que tienen estos decretos, lo cual zanjó un acalorado debate doctrinario existente al respecto. Finalmente, es también una saludable rectificación al explicitar que estas normas son susceptibles de impugnación ante el Tribunal Constitucional vía Acción de Inconstitucionalidad (artículo.200 inciso.4).

Pero junto a estas virtudes, la norma en comentario posee algunas imprecisiones cuyo análisis deviene en imprescindible, análisis que vamos a iniciar de inmediato.

¹⁷ Las materias susceptibles de tratamiento a través de estos Decretos Supremos Extraordinarios están expuestas y analizadas detalladamente en EGUIGUREN, Francisco - La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución de 1993. En: La Constitución de 1993. Lecturas sobre temas constitucionales No. 10. Lima, CAJ, 1994. p. 186.

¹⁸ En este mismo sentido es que se pronuncia ABAD, Samuel y GARCÉS, Carolina -Op.cit. p. 121.

¹⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco -El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993. En: GARCIA BELAÚNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco -La Constitución Peruana de 1993. Lima, Grijley, 1994. p. 76.

En primer lugar, se insiste en una imprecisa determinación de los campos susceptibles de regulación vía Decretos de necesidad y urgencia. La referencia recogida en el tercer párrafo del artículo 74 del texto constitucional peruano de 1993, referencia explícita a una prohibición de dictar Decretos de necesidad y urgencia que contengan materia tributaria²⁰, sigue siendo un parámetro insuficiente para encuadrar todas las múltiples posibilidades de actuación que proporciona la sola mención de conceptos como "materia económica" o "materia financiera". Indudablemente, las precisiones que al respecto pueda incluir la ley de desarrollo correspondiente están llamadas a tener significativa relevancia.

En segundo término, coincidimos con Eguiguren cuando señala como el inciso 19 del artículo 118 debió establecer con mayor claridad aspectos como el de la existencia de una situación de real necesidad y urgencia como supuesto habilitante para la dación de estos decretos²¹. A modo de ejemplo de lo que estamos apuntando, diremos que el requerimiento -por demás ambiguo- de cautelar "el interés nacional" es en nuestra opinión una puerta excesiva y riesgosamente abierta a la discrecionalidad del Jefe de Gobierno en el tratamiento de estos temas²².

Pero donde encontramos las ambigüedades más significativas de la norma que venimos comentando es en el siempre espinoso tema de la actuación parlamentaria frente a los decretos de urgencia dictados por el Ejecutivo. El texto constitucional de 1993 no aclara, como sí lo hacía la Ley 25397, cuales son los alcances del "dar cuenta al Congreso". La única precisión allí incluida, aquella que señala la posibilidad

que tienen los parlamentarios de modificar o derogar estos decretos, nos parece innecesaria por obvia; y además, en los hechos resulta irrelevante pues no toma posición frente al problema de mayor significación ante a este tipo de situaciones: el de determinar cuales son los efectos que genera el silencio parlamentario. Esta llamativa omisión del constituyente va a tener sin duda como efecto concreto el de la inmediata convalidación de todos los decretos de necesidad y urgencia, con las peligrosas consecuencias que ello podría tener.

Mención aparte merece lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 135 de la Constitución de 1993. Con esta disposición lo que se busca es proporcionar un mecanismo de control ante la libre emisión de Decretos de Necesidad y Urgencia durante aquellas épocas en que ha sido disuelto el Congreso bajo las pautas previstas dentro de este mismo texto constitucional.

Si bien la intención que motiva a esta disposición responde a preocupaciones bastante atendibles (como es por ejemplo la de propiciar un mecanismo que asegure un cierto nivel de control a la labor de un Ejecutivo urgido de asumir funciones legisferantes en un contexto por demás excepcional), creemos que la fórmula allí asumida está muy lejos de ser la más adecuada, pues paradójicamente se le otorga a la Comisión Permanente del Congreso ya disuelto una tarea enmarcada en los parámetros de labores que en principio son propias del pleno de aquella institución que debido a una decisión gubernamental temporalmente ha dejado de funcionar²³.

²⁰ Límite que por cierto no ha sido respetado por el Gobierno en Decretos como el DU No. 4-94, norma que tiene un claro contenido tributario. Es interesante resaltar como existen autorizadas opiniones que incluso señalan la inconveniencia de restringir la actuación del Ejecutivo en materia tributaria durante situaciones de emergencia. Ver al respecto por ejemplo, lo señalado por EGUIGUREN, Francisco -Op.cit. p. 190.

²¹ EGUIGUREN, Francisco -Op.cit. p.189.

²² Corroborando lo que acabamos de exponer, añadiremos que el Artículo 188 inc. 19 de la Constitución de 1993, tampoco consigna importantes precisiones sobre el carácter provisorio y temporal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, precisiones que sí estaban recogidas en la Ley 25397 y que han sido ampliamente desarrolladas tanto en la doctrina como por la normatividad de otros países.

²³ Frente a esta delicada situación, habría en nuestra opinión hasta dos alternativas distintas a las asumidas por el constituyente de 1993: la primera de ellas es la que de alguna forma está esbozada en el trabajo de Eguiguren antes mencionado, la cual nos lleva a aceptar como conveniente la ampliación del margen de temas sujetos a regulación por intermedio de estos Decretos. Creemos que si bien lo propuesto por dicho autor tiene indudables ventajas, las consecuencias prácticas que se generarían por el crecimiento de las atribuciones legisferantes del gobierno podrían resultar un remedio más dañino que aquella enfermedad que a través de dicha opción se busca resolver.

Por ello es que nos parece más oportuno entonces optar por una segunda posibilidad: la de esperar a la convalidación o rectificación por el nuevo Congreso de aquellos decretos que hubiesen sido cuestionados, dejando abierta la posibilidad de impugnar los actos de ejecución de estas normas a través de un Amparo ante el Poder Judicial (e incluso de cuestionar directamente la validez de estos decretos por intermedio de una Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional).

En síntesis, lo dispuesto por el texto constitucional peruano de 1993, a pesar de algunos indiscutibles aciertos, está muy lejos de resolver todas las dudas generadas por la existencia de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Aunque pueda resultar doloroso reconocerlo, en el caso peruano es claro que el riesgo de un Gobierno que siga asumiendo cada vez mayores funciones legisferantes sin control alguno parece continuar teniendo una vigencia incuestionable.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS DESAFÍOS QUE DEJA PLANTEADO EL TRATAMIENTO PROPORCIONADO A ESTA MATERIA EN ALGUNOS PAÍSES

Si desde ya, la sola (y hoy al parecer inevitable) existencia de los Decretos de Necesidad y Urgencia en algunos de nuestros países obliga a un

enorme esfuerzo de imaginación en la búsqueda de nuevas posibilidades para limitar un eventual comportamiento omnipotente del Ejecutivo, nada sería más dañino para la propia credibilidad del Estado de Derecho que la existencia de mecanismos ineficaces o conductas altamente permisivas frente a aquellos excesos normativos que pudieran cometerse alegando el surgimiento de una discutible situación de emergencia. Quedan pues peligrosamente muchas importantes asignaturas pendientes de resolución. Esperemos entonces que a pesar de los fundados temores que puede ocasionar todo lo recientemente expuesto, en el transcurso de los meses venideros, tanto la clase política como los legisladores y jueces de nuestros países, estén a la altura de los importantes desafíos que temas como aquellos a los cuales hemos venido analizando pueden generar a la viabilidad y vigencia del sistema democrático y constitucional que todos ellos dicen defender y promover. ^[15]