

Decreto de urgencia y “medidas extraordinarias”

Notas para una tipificación.

Pedro Planas Silva

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima. Postgrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

El principal problema constitucional surgido entre 1980 y 1992, durante la vigencia de la Carta de 1979, no tenemos que buscarlo en el sistema electoral, ni en la composición del Parlamento, ni en las funciones del Tribunal Constitucional, etc. Ha estado en la ruptura del equilibrio de poderes a falta de una precisión constitucional de las competencias legislativas del Ejecutivo, en particular de las “medidas extraordinarias” previstas por el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución. Si se quiere evaluar seriamente -y con rigor- el modelo constitucional de la relación de poderes establecido en la Carta de 1979, no puede dejar de abordarse el uso y abuso que se ha derivado de la permanente apelación a este recurso “extraordinario” y sus evidentes consecuencias distorsionantes, que afectaron y anularon el esquema original de relación de poderes previsto por los constituyentes.

Esta reiterada práctica gubernamental, de la cual no puede exonerarse ninguno de los tres gobiernos constitucionales que rigieron durante ese periodo, no sólo se ha dedicado a vulnerar el sistema de contrapesos que es inherente a toda democracia constitucional. Ha logrado alcanzar un efecto aun más pernicioso: confundir a la ciudadanía, inclusive a algunos entendidos en materia política y constitucional, respecto al significado de los “decretos de necesidad y urgencia”. Si bien ha sido común confundir el decreto de urgencia con las “medidas extraordinarias”, en virtud de una necesaria interpretación orgánica de las atribuciones concedidas al Presidente en el célebre inciso 20, no siempre ha sido común asumir la figura del “decreto de urgencia” con las características y limitaciones que le son propias. Antes de la ruptura del orden constitucional, la discusión principal podía centrarse, legítima-

mente, al interior de la interpretación constitucional del inciso 20 y su adaptación como versión peruana del “decreto de urgencia”. Pero, a estas alturas, con un proyecto constitucional sometido a referendum, hay necesidad de suprimir toda ambigüedad en torno al uso y a la interpretación de la figura del decreto de urgencia. Este trabajo intenta, precisamente, emprender un recorrido en torno al significado del decreto de urgencia (distinguiéndolo, incluso, de las “medidas extraordinarias”) con la finalidad de ofrecerle al lector algunos elementos de juicio para tipificar el decreto de urgencia, en nuestro ordenamiento constitucional y adoptar una posición clara respecto a él.

I. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

El decreto de necesidad y urgencia no surgió, como ha sido común sostener, durante la posguerra (1945 en adelante). Si bien el antecedente europeo hay que ubicarlo en la Constitución de Prusia de 1850, los dos primeros textos constitucionales modernos que consagran esta figura fueron la Constitución de Austria (1920) y la Constitución de la Segunda República Española (1931). A partir de estos dos textos primigenios, podemos revisar la naturaleza del decreto de necesidad y urgencia y su evolución dentro del Derecho Constitucional, distinguiendo la circunstancia extraordinaria que la motiva, el procedimiento establecido para su expedición y el sistema de convalidación parlamentaria que le es inherente. Nada mejor para detectar, mas allá de sus variantes, las características que son comunes a la presencia del mencionado instituto.

1. Constitución de Austria (1920).

Esta célebre Constitución -aún vigente- que Hans Kelsen ayudó a confeccionar, establece en su extenso artículo 18 la figura de los “**decretos transitorios de modificación de leyes**”. Su regulación es tan explícita como la propia naturaleza “transitoria” del decreto. Veamos:

1.1 Circunstancia.- La Constitución establece que se reúnan varias circunstancias: que “resulte necesaria la adopción inmediata” de la medida; que tenga como propósito, al expedirse, “evitar un daño público e irreparable para la colectividad”; y, además, que al momento de expedirse no esté reunido el Consejo Federal (Senado) o “no se pueda reunir o se encuentre impedido por fuerza mayor en su funcionamiento”.

1.2 Procedimiento.- El “decreto transitorio”, para expedirse, requiere acuerdo previo entre el Presidente Federal y el Gobierno, bajo la responsabilidad política de ambos, que conforman entidades separadas (Ejecutivo bicéfalo en un régimen parlamentario). El Presidente expide el decreto, a propuesta del Gobierno. Sin embargo, antes de elevar la propuesta, el Gobierno austriaco (dirigido por el Canciller o Primer Ministro) necesita obtener la conformidad de la Subcomisión Permanente, que actúa en receso de la legislatura.

1.3 Convalidación.- Apenas expedido, el decreto transitorio “deberá ser presentado inmediatamente” por el Gobierno al Consejo Nacional (Cámara de Diputados), “el cual deberá ser convocado por el Presidente Federal en caso de que en ese momento no esté celebrando sesión” dentro “de los ocho días consecutivos a la propuesta”. El plazo máximo para pronunciarse es de cuatro semanas. Puede aprobar, “en sustitución del decreto, una ley federal correlativa”. O bien puede “expresar, mediante solicitud, que el Gobierno deje inmediatamente sin efecto el decreto”. En este caso, el Gobierno austriaco deberá “dar satisfacción sin demora a esta exigencia”.

1.4 Límites normativos.- Este decreto transitorio no podrá alterar disposiciones constitucionales ni crear “un gravamen financiero permanente para la Federación” ni “obligaciones financieras para los ciudadanos”. Tampoco podrá enajenar “patrimonio del Estado” ni alterar disposiciones sobre derecho del trabajo, seguridad social o derecho de asociación.

2. Constitución de España (1931).

El artículo 80 de la Carta de la Segunda República reconoce la posibilidad de dictar decretos “sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes”. El artículo 62, referido a las atribuciones de la Diputación Permanente, le otorga a estos decretos la denominación

oficial de “decretos-leyes”, tal como se les denomina hoy mismo. Veamos las características del instituto en esta Carta republicana:

2.1 Circunstancia.- Para “los casos excepcionales que requieren urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República”. Además, debe expedirse cuando “no se halle reunido el Congreso”.

2.2 Procedimiento.- Al igual que el régimen austriaco, la expedición del decreto-ley requiere conformidad entre el Presidente de la República, el Gobierno y la Diputación Permanente, que actúa en época de receso de la legislatura. La propuesta proviene del Gobierno con el “acuerdo unánime” (sic) de los ministros y la previa aprobación de la Diputación Permanente (con votación calificada de dos tercios). Sólo entonces puede expedir el Presidente el decreto-ley.

2.3 Convalidación.- Los decretos “así dictados tendrán sólo carácter provisional”. En consecuencia, según el artículo 80, su “vigencia” estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia”.

“... en virtud de una necesaria interpretación orgánica de las atribuciones concedidas al Presidente en el célebre inciso 20, no siempre ha sido común asumir la figura del “decreto de urgencia” con las características y limitaciones que le son propias”

3. Constitución de Italia (1947).

La Constitución de Italia reconoce, en el artículo 77, las “medidas provisionales con fuerza de ley”. Previamente, el mismo artículo delimita con claridad las competencias normativas del Gobierno y del Parlamento, estableciendo que el Gobierno no puede, “sin delegación de las cámaras, dictar decretos que tengan valor de ley ordinaria”. Veamos las características de estas “medidas provisionales” según la vigente Constitución italiana:

3.1 Circunstancia.- Se puede expedir estas “medidas provisionales” en casos “extraordinarios de necesidad y urgencia”, bajo responsabilidad del propio Gobierno.

3.2 Procedimiento.- El Gobierno, el mismo día que expide esta medida provisional, tiene que presentarla ante las cámaras para su convalidación. Si se hallan en receso –o disueltas– “serán convocadas al efecto y se reunirán dentro de los cinco días”.

3.3 Convalidación.- Si las cámaras no lo convierten en ley (*non soso convertiti in legge*) dentro de los “sesenta días de su publicación”, el decreto “perderá eficacia desde su inicio”. En ese caso, las cámaras podrán “regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas sobre la base de los decretos no convalidados”.

4. Constitución de Francia (1958).

La Constitución de la V República no tiene, en propiedad, decretos de urgencia. Tampoco los tiene Alemania, ya que la Ley Fundamental de Bonn (1949) sólo preveía “decretos con fuerza de ley” (artículo 119) para resolver con la aprobación del Senado (Consejo Federal), problemas vinculados con los refugiados y expulsados y su distribución en los *Länder* “hasta que la materia sea regulada por leyes federales”, razón por la cual, como bien señala Dromi, el instituto de necesidad y urgencia ha devenido “anacrónico” en Alemania⁽¹⁾.

Generalmente, se ha considerado en nuestro medio que el artículo 16 de la Constitución francesa, que otorga “poderes excepcionales” al Presidente de la República, es la figura más próxima al decreto de necesidad y urgencia. Pero el célebre artículo 16, que es una adaptación del peligroso artículo 48 de la Constitución de Weimar, pertenece a una figura muy distinta, conocida en la doctrina como “dictadura constitucional”. Es, además, atribución del Presidente de la República y no de quien ejerce el gobierno y conduce la administración, que es el Primer Ministro (artículo 21). Ya en la III y IV República fueron expedidos “decretos-leyes” (en tanto legislación delegada) por el Gobierno francés⁽²⁾. Más bien, dentro de la V República, la figura más próxima a los decretos de urgencia aparece como variante de esta legislación delegada, en el artículo 38.

El primer párrafo del mencionado artículo establece: “El gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar del Parlamento la autorización de tomar en forma de ordenanza, durante un plazo limitado, medidas que normalmente son del dominio de la ley”. Estas ordenanzas deberán adoptarse en sesión de Consejo de Ministros y “previo informe” del Consejo de Estado. Y al entrar en vigor, exigen del Gobierno enviar al Parlamento un “proyecto de ley de ratificación” antes de la fecha establecida por la ley autoritativa. De lo contrario, la ordenanza será considerada “derogada”.

5. Constitución de España (1978).

La figura de los decretos-leyes, inaugurada en la Carta republicana de 1931, mantendrá presencia durante el franquismo en las sucesivas Leyes de Cortes hasta consagrarse, durante la transición, como el artículo 86 de la actual Constitución. El texto alude a “decretos-leyes”, aunque también los denomina “disposiciones legislativas provisionales”. Veamos sus características:

5.1 Circunstancia.- En caso de “extraordinaria y urgente necesidad” el gobierno podrá dictar “disposiciones legislativas provisionales que tomarán forma de decretos-leyes”.

5.2 Procedimiento.- Apenas expedido, el decreto-ley deberá ser “inmediatamente sometido al Congreso de los Diputados” en los treinta días siguientes. Si no estuviese reunido el Congreso, será convocado por el propio Gobierno.

5.3 Convalidación.- En ese plazo, el Congreso de los Diputados someterá a “votación de totalidad” el decreto-ley a fin de “pronunciarse expresamente” sobre su “convalidación o derogación”. El control asume dos fases: comprobar el supuesto (la “extraordinaria y urgente necesidad”) y la decisión congresal en torno a la convalidación, publicada por el Presidente del Congreso como “acuerdo de convalidación” o “acuerdo de derogación”, según sea el caso⁽³⁾. Este procedimiento ha

(1) DROMI, Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea, 1983, pág. 344. Señala DROMI: “Fuera de este caso singular, hoy ya anacrónico, todos los demás reglamentos normativos, no obstante requerir la expresa delegación legal, carecen de rango de ley”. Es probable, sin embargo, que a propósito de la reunificación de Alemania, tomase actualidad este decreto de urgencia hasta que las leyes federales integren a los alemanes en torno al nuevo territorio común. En todo caso, es la única excepción contemplada por la Ley Fundamental de Bonn.

(2) En la III República (1875-1940) los “decretos-leyes” hicieron su aparición hacia 1934, en el periodo de entreguerras. Y en la IV República (1946-1958), pese a una expresa prohibición constitucional, surgieron a raíz de la crisis de 1953, y fueron consagrados como norma constitucional mediante una reforma aprobada en 1954. Cfr. HAURIUO, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Ariel, 1971, pág. 497. BURDEAU, Georges. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Editora Nacional, Madrid, pág. 441. GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Alianza Universidad, 1984, pág. 506.

(3) MONTERO GIBERT, JR. y GARCIA MORILLO, J. El Control Parlamentario. Editorial Tecnos, 1984, págs. 95 y 99.

sido regulado por el artículo 151 del Reglamento de las Cortes⁽⁴⁾.

5.4 Límites normativos.- Los decretos-leyes "no podrán alterar el funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general".

6. Constitución de Brasil (1988).

La figura del decreto de urgencia no es novedosa en Brasil. La precedente Constitución (1967) determinaba, en su artículo 58, que "en casos de urgencia y de interés público relevante", el Presidente de la República podía expedir decretos-leyes sobre materias de seguridad nacional y finanzas públicas, debiendo el Congreso pronunciarse en torno a su aprobación o rechazo, dentro de los sesenta días de expedirse la medida. Sin embargo, el profesor Ivo Dantas retrotrae el antecedente brasileño hasta la Constitución Imperial de 1824 - anterior, por lo tanto, a la Carta prusiana de 1850, considerado antecedente del instituto en Europa- que facultaba a expedir una "medida provisoria e indispensable" (con fuerza transitoria de ley)⁽⁵⁾. La nueva Constitución Federal de 1988 recoge esta expresión autóctona: "medidas provisorias". El artículo 62 regula sus características. Veamos:

6.1 Circunstancia.- En caso de "relevancia y urgencia", el Presidente de la República podrá adoptar estas "medidas provisorias", debiendo someterlas "de inmediato" al Congreso Nacional para su convalidación o rechazo.

6.2 Procedimiento.- Si el Congreso Nacional se encuentra en receso, el Gobierno, al expedir la medida, convocará a Legislatura Extraordinaria en un plazo máximo de cinco días, a contarse desde la expedición de la medida.

6.3 Convalidación.- Estas medidas provisorias perderán toda eficacia "desde su publicación", si no fueran convertidas en ley por el Congreso en un plazo perentorio de treinta días. En ese caso, el Congreso queda habilitado para regular los efectos jurídicos ocasionados por la medida. El procedimiento de convalidación fue regulado en 1988 mediante resolución legislativa. Se encarga a una Comisión Mixta (compuesta por seis senadores y seis diputados) para emitir dictamen en torno a la medida provisoria y someterlo al Congreso

en pleno, reunido en sesión conjunta de ambas cámaras⁽⁶⁾.

A diferencia de los textos anteriores (Austria, España o Italia), que responden a regímenes parlamentarios, estamos aquí ante un modelo político cuya estructura de poderes resulta mucho más familiar a la nuestra. Interesa avanzar, por ello, en el análisis de las medidas provisorias en el Brasil desde la perspectiva de su aplicación, a fin de que nos ayude a tomar una decisión en torno a la adaptación (integral) del decreto de urgencia en el Perú, si así fuera el caso. Ivo Dantas, en la obra citada, nos ofrece un registro de las "medidas provisorias" expedidas a lo largo de casi cuatro años, entre 1988 y 1991. En ese periodo, el gobierno expidió un total de 297 "medidas provisorias". De ellas, 160 - algo más de la mitad- fueron convertidas en ley mientras que 97 perdieron eficacia (por el silencio constitucional) y 15 fueron rechazadas expresamente por el Congreso. El resto (25 medidas provisorias) sufrió trámites diversos como inadmisibilidad, anexión a otra norma, veto o devolución al Ejecutivo⁽⁷⁾. Si bien este panorama cuantitativo resulta, más que parcial, insuficiente, logra ofrecernos una idea aproximada del equilibrio evidente en el uso de esta potestad, máxime si lo contrastamos con la facultad *ad libitum* de modificar leyes (sin control ni convalidación) que han significado en el Perú los decretos supremos que emanaban del inciso 20 del artículo 211 de nuestra Constitución. En doce años fue dictada la espeluznante cantidad de 2,579 "medidas extraordinarias", que suspendían y modificaban leyes por la simple vía del decreto, prescindiendo por completo del Parlamento. He ahí el grave problema a resolver en el Perú, tipificando, en su integridad, la naturaleza jurídica inherente a estos decretos de necesidad y urgencia.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA.

Lo que la doctrina conoce como el decreto de necesidad y urgencia, según hemos visto en el Derecho Constitucional Comparado, puede adoptar fórmulas como "decretos", "medidas" o "disposiciones". Siempre especifica su estricto aspecto **transitorio** que le reconoce **fuerza legal sin ser ley**. Brasil (1988) se preocupa de resaltar que son "medidas provisorias"; Italia (1947) las denomina "medidas provisionales"; Austria (1920),

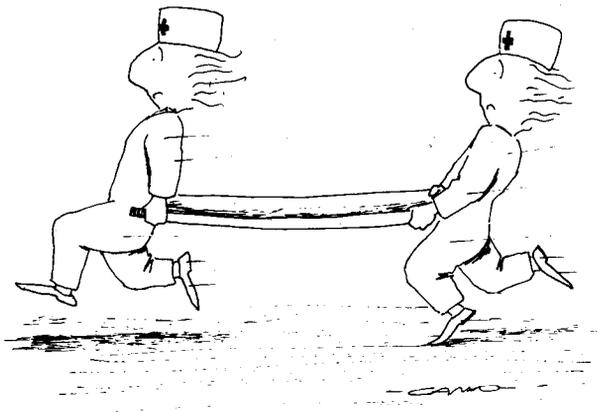
(4) SANTAOLALLA, Fernando. Derecho Parlamentario Español; 1983, págs. 339-340.

(5) DANTAS, Ivo. Aspectos jurídicos das Medidas Provisórias. Editora Consulex, segunda edición, 1991, pág. 51.

(6) Ibidem, págs. 66-68.

(7) Ibidem, págs. 126-164.

“decretos transitorios de modificación de leyes”; y España (1978) reconoce que estas “disposiciones legislativas provisionales tomarán forma de decretos-leyes”. Provisionalidad y transitoriedad -aunque, como veremos, no significan lo mismo- son **características señaladas expresamente por los textos constitucionales** a fin de resguardar la competencia legislativa del Parlamento.



En cuanto al **procedimiento de expedición**, puede vincularse previamente al Parlamento, exigiendo aprobación o conformidad de la Comisión Permanente, en caso de encontrarse en receso el Congreso. Inicialmente, el decreto de urgencia estuvo diseñado para épocas de receso parlamentario en las que, además, resultaba forzoso tomar la medida “de inmediato”. Hay, por lo tanto, una comprensible expedición del decreto con fuerza de ley mientras el Congreso se reúne y resuelve en torno a la situación imprevista, surgida cuando no está en funciones. Es en ese momento que la Comisión Permanente asume la facultad de resolver previamente (aprobando o consintiendo la medida) hasta que el Congreso entre en funciones. Correlato de la adopción de la medida resulta, por tanto, la convocatoria inmediata a sesiones del Congreso a fin de que se pronuncie -como instancia resolutoria- respecto a la

medida en cuestión.

El pronunciamiento del Congreso no se limita al carácter materia de la medida sino a su vínculo formal con la excepcionalidad que lo motiva. La **circunstancia, el procedimiento de expedición y la convalidación** resultan así, íntimamente vinculados. Carecen de objeto estas medidas provisionales, que pueden tramitarse por conducto ordinario, si es que no se produce y se constata que se trata de un caso de “extraordinaria y urgente necesidad” (España, 1978), que haga necesaria su “adopción inmediata” y que evite “un daño público e irreparable para la colectividad” (Austria). No es, por tanto, un acto unilateral ni es potestad discrecional del Gobierno, pues se encuentra sometido a la decisión del Parlamento. Casi tanto como un proyecto de ley enviado al Congreso para debatirse, sólo que aquí en virtud de la gravedad de la circunstancia, entra en vigor en forma transitoria, relegando a un segundo momento la deliberación parlamentaria.

Como se sabe, el decreto de urgencia tiene **fuerza de ley** pero carece de jerarquía legal. Ahí radica su carácter transitorio. Su impacto en la legislación es temporal: suspende los efectos de cierta ley, la modifica transitoriamente. Este plazo caduca, precisamente, con el pronunciamiento del Congreso, quien resuelve en torno a la validez de la medida y la convierte en ley (Italia) o le reconoce fuerza legal permanente (España). Por esa razón, la validez normativa del decreto de urgencia es provisional. Aun más: ante el silencio del Parlamento (a falta de su pronunciamiento) la medida puede perder “eficacia” desde su publicación, como si no hubiese sido expedida (*ex tunc*), tal como lo establecen las constituciones de Italia (que concede un plazo de sesenta días) y Brasil (plazo de treinta días). Según hemos visto al abordar la aplicación del decreto de urgencia en el Brasil, de un total de 297 “medidas provisorias” expedidas entre 1988 y 1991, 97 perdieron eficacia y sólo 15 sufrieron el rechazo expreso del Congreso. Perder eficacia significa, para el decreto de urgencia, que no se le reconocen efectos jurídicos durante su presencia transitoria⁽⁸⁾. Esta acertada disposición, empleada para evitar excesos gubernamentales, tiene un evidente carácter preventivo ante la tentación de apelar a él en casos que no son de “extraordinaria y urgente necesidad”⁽⁹⁾.

Todas estas características revelan mas allá de

(8) Tanto en Italia como en Brasil, al perder eficacia el decreto de urgencia, el Parlamento queda habilitado para regular, mediante ley los efectos jurídicos que hubiese generado la medida durante su vigencia.

(9) Luis Felipe Cantuarias y Sergio Oquendo han trabajado extensamente el problema de la transitoriedad y la validez provisional. Para el caso mencionado (Italia y Brasil), ellos sostienen que el pronunciamiento del Congreso “es requisito de eficacia y no de validez”. Cfr. CANTUARIAS, Luis Felipe y OQUENDO, Sergio. “Acerca de los Decretos llamados de Urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional”. En : Derecho N° 45, diciembre de 1992, págs. 351-418.

las diversas adaptaciones que sufra el instituto en los textos constitucionales, que la figura del decreto de necesidad y urgencia, no rompe el equilibrio de poderes ni trasgrede la titularidad legislativa del Parlamento. No es posible concebir un decreto de urgencia, y denominarlo así, cuando carece de aquellas cualidades y limitaciones que le son inherentes. Interpretaciones literales, ajenas a la doctrina constitucional, ocasionan no sólo una grave confusión en torno a la finalidad del decreto de urgencia sino que deterioran el equilibrio de poderes, justificando la usurpación paulatina de la función legislativa a manos del Gobierno y por la vía del simple decreto. Eso es lo que ha sucedido en el Perú con cierta literal interpretación de las denominadas “medidas extraordinarias en materia económica y financiera”, contempladas en el artículo 211 inciso 20 de la Constitución de 1979 como atribución del Presidente de la República.

Lamentablemente, por esa misma razón, no parece sencillo abordar la aplicación en el Perú del instituto en mención, ni la interpretación constitucional en torno a las “medidas extraordinarias”, si es que previamente no evaluamos la posición que tuvo la Asamblea Constituyente de 1979 respecto al decreto de urgencia, que sí estuvo expresamente incorporado en el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Principal de la Asamblea, tal como lo comprobaremos en las próximas líneas.

III. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA EN EL DEBATE DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-79).

1. Primera etapa: proposición del Decreto de Urgencia.

En la Comisión 5 (Estructura del Estado), revisando las ponencias presentadas como Anteproyecto por las diversas agrupaciones políticas que integraron la Asamblea Constituyente, podemos conocer el tratamiento que tuvo este instituto desde antes de iniciarse el debate. Por ejemplo, en las ponencias del Partido Aprista, la Democracia Cristiana, el Movimiento Democrático Peruano, la Unidad Democrático Popular y el Partido Comunista Peruano no hay rastro del decreto de urgencia. Lo más próximo -que pertenece a la legislación delegada y no a la legislación de urgencia- es

la siguiente atribución, reconocida al Congreso, como inciso décimosexto del artículo 133 de la ponencia del Partido Aprista: “Delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos supremos con fuerza de ley, sobre las materias que se especifiquen y por el término que se señale en la misma ley autoritativa”⁽¹⁰⁾. Tampoco hay rastro, en ninguna de estas ponencias, de las “medidas extraordinarias en materia económica y financiera”, que se convertirían en el célebre inciso 20 del artículo 211 de nuestra Constitución. En cambio, sí aparece, con notable claridad, el instituto del decreto de urgencia en la ponencia del Partido Popular Cristiano y en cierto modo en la del Partido Socialista Revolucionario. Veamos cada una de ellas.

1.1 Ponencia del Partido Popular Cristiano (PPC).

El anteproyecto del PPC ocupó, sin duda, un puesto angular en la determinación constitucional de las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República. Consigna el decreto de necesidad y urgencia en cuatro oportunidades⁽¹¹⁾. Veamos:

1.1.1 Dentro de las atribuciones del Presidente de la República: “Dictar, previa delegación de facultades, decretos con fuerza de ley; y en receso del Congreso, dictar decretos leyes en caso de urgencia con la aprobación del Consejo de Ministros y de la Comisión Permanente”.

1.1.2 Dentro de las atribuciones de la Comisión Permanente: “Autorizar al Presidente de la República a dictar decretos-leyes en caso de urgencia con cargo de dar cuenta al Congreso dentro de los quince días de su instalación”.

1.1.3 Como artículo expreso (artículo 65 de la ponencia del PPC) que expone sus límites normativos: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Presidente de la República podrá dictar decretos-leyes provisionales, siempre que no afecten el ordenamiento de las instituciones del Estado, los derechos y libertades fundamentales, ni el régimen de los gobiernos regionales y locales”.

1.1.4 Y como artículo expreso (artículo 66 de la ponencia) que establece el procedimiento para su convalidación: “Los decretos-leyes de urgencia deberán ser sometidos a debate dentro de los treinta días siguientes a su publicación, para que las cámaras se pronuncien sobre su convalidación”.

(10) BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial. Constitución: fuentes e interpretación. Mesa Redonda Editores, 1988, pág. 233. La ponencia está suscrita y sustentada por Carlos Enrique Melgar, Carlos Manuel Cox y Enrique Chirinos Soto.

(11) Ibidem, págs. 242, 2148 y 249. La ponencia fue presentada por Roberto Ramírez del Villar, a nombre del PPC.

1.2 Ponencia del Partido Socialista Revolucionario (PSR).

El anteproyecto del PSR también consideró la expedición de “decretos-leyes” en cinco oportunidades⁽¹²⁾. Veamos:

1.2.1 Al abordar la estructura jerárquica de las normas (artículo 30 literal d, de la ponencia del PSR) considera “los decretos-leyes dados por el Gobierno en aquellas materias legislativas de su competencia (sic), o que le hayan sido atribuidas transitoria o permanentemente por la Asamblea”.

1.2.2 Al establecer las atribuciones del Presidente de la República: “Promulgar y mandar ejecutar las leyes y los decretos-leyes”.

1.2.3 Al abordar la sesión del Consejo de Ministros: “Los acuerdos de gobierno, reglamentos, decretos-leyes y decretos supremos se toman en Consejo de Ministros”.

1.2.4 Al exponer (primer párrafo del artículo 196 de la ponencia) el procedimiento para su expedición: “En circunstancias de graves dificultades en la aplicación de los programas económicos y sociales, así como en situaciones de emergencia nacional, la Asamblea Nacional podrá delegar en el Gobierno y a solicitud de éste, la competencia para resolver vía decretos-leyes, materias que son reserva del dominio legal”.

1.2.5 Y al regular el proceso de ratificación de estos decretos-leyes (segundo párrafo del artículo 196 de la ponencia): “La legislación delegada sólo podrá ser concedida por un periodo no mayor de sesenta días. El Gobierno someterá a ratificación de la Asamblea los decretos-leyes adoptados durante la autorización. Sin este requisito, los decretos supremos devendrán nulos”.

1.3 Diferencias y similitudes entre ambas ponencias (PPC-PSR).

Aunque la denominación empleada por ambas ponencias es coincidente (“decretos-leyes”), el proyecto del PSR plantea, en rigor, la legislación delegada (tal como lo reconoce el segundo párrafo del artículo 196) y no la legislación de urgencia. Sin embargo, al interior de esta legislación delegada se contempla -como motivo para la delegación- “circunstancias de graves dificultades en la aplicación de los programas económicos y sociales” y situaciones de “emergencia nacional”. Puede entenderse como un límite o restricción a la legisla-

ción delegada (sólo para esa situación excepcional). Aunque también, en términos que son familiares a la Carta austriaca o a la española de 1931, podría detectarse un procedimiento previo (autorización parlamentaria) para la expedición de estos decretos-leyes. Es, en todo caso, una figura muy próxima al artículo 38 -ya reseñado- de la Constitución de Francia, inclusive cuando exige un proceso de “ratificación” como requisito para la pervivencia de estos decretos-leyes.

En cambio, la institución del decreto de urgencia es consignada con suma nitidez y precisión, en el proyecto del PPC, distinguiéndola, en un mismo artículo (dedicado a las atribuciones del Presidente de la República), de la “delegación de facultades”. Se inspira, sin duda, en el artículo 86 de la Constitución española de 1978, aunque tiene la precaución de establecer su uso no sólo para casos de “extraordinaria y urgente necesidad” sino cuando se encuentre en receso el Congreso, facultando a la Comisión Permanente para “autorizar” al Presidente de la República a “dictar decretos-leyes”. La denominación también es apropiada: “decretos-leyes provisionales”. En esta misma ponencia, dentro de las atribuciones presidenciales, aparece, simultáneamente, la de “dictar las medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiera el interés nacional previo informe del Consejo Económico Nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso”⁽¹³⁾. Hay que tener muy presente esta ponencia, y la simultaneidad de los decretos de urgencia y de las “medidas extraordinarias”, al revisar el debate al interior de la Asamblea Constituyente.

2. Segunda etapa: incorporación del Decreto de Urgencia.

En la ponencia de la Comisión Especial de Poderes del Estado (Comisión 5) aparece el decreto de urgencia en los artículos 23, 28 y 29. En las atribuciones de la Comisión Permanente (artículo 23) se establece la “autorización” al Presidente de la República “para dictar decretos de urgencia, con cargo de dar cuenta al Congreso dentro de los quince días de su instalación”. En artículo expreso (artículo 28) se establecía la atribución presidencial para “casos extraordinarios” y los límites normativos, reproduciendo el texto de la ponencia del PPC. El artículo 29 distinguía los “decretos legislativos” (fórmula española para detectar la legislación delegada) y los decretos de urgencia, precisando

(12) Ibidem, págs. 315, 333, 335, 339 y 340. Fueron constituyentes del PSR: Leonidas Rodríguez Figueroa, Avelino Mar, Antonio Meza Cuadra, Miguel Echeandía, Alberto Ruiz-Eldredge y Antonio Aragón.

(13) Ibidem, pág. 242.

que éstos “deben ser sometidos a debate dentro de los treinta días siguientes a su publicación, para que las Cámaras se pronuncien sobre su convalidación o derogación”. En receso del Congreso, la Comisión Permanente “ejerce las mismas facultades con cargo de dar cuenta al Congreso en la primera reunión de éste”.

La defensa del decreto de urgencia corrió a cargo del constituyente Enrique Chirinos Soto (PAP). Sostuvo Chirinos que los decretos de urgencia “deben ser ratificados por el Congreso en el término de quince días”. En caso contrario -agregó-, “dejan de ser decretos de urgencia y pierden toda validez”. Al texto original se le hicieron algunas enmiendas, aunque nada sustantivas. Lozada Stanbury (PAP) propuso que se reconociera expresamente que estos decretos de urgencia tenían “fuerza de ley”. Aramburú Menchaca (PPC) sugirió sustituir la expresión “convalidación” por la de “ratificación”. Finalmente, el propio Chirinos Soto propuso suprimir la frase final del artículo 29 de la ponencia de la Comisión: “con cargo de dar cuenta al Congreso en la primera reunión de éste”⁽¹⁴⁾. Con dichas modificaciones -aprobadas en la sesión del 20 de setiembre de 1978- el texto de la Comisión 5 se incorporó a un texto integral, homologado con las otras comisiones.

En el texto homologado, el decreto de urgencia figuró en cuatro oportunidades. Además de las atribuciones de la Comisión Permanente (ahora convertido en artículo 189), del artículo expreso (ahora artículo 193) y del artículo que distinguía entre decretos legislativos y decretos de urgencia (artículo 194), figuraba dentro de las atribuciones del Presidente de la República (artículo 217). Pero al revisarse este texto homologado y realizarse nuevas enmiendas, comenzó el paulatino resquebrajamiento de la precisión que tenía el instituto en la ponencia inicial. Por ejemplo, a propuesta del constituyente Cornejo Chávez (DC) fue suprimida la parte final del artículo 189: “con cargo de dar cuenta al Congreso dentro de los quince días de su instalación”. A continuación, en el artículo dedicado a las atribuciones del Presidente de la República, se sustituyó la expresión “en receso” (del Congreso) por otra muy confusa: “dentro de estos límites”⁽¹⁵⁾. Así fue sometido el texto homologado, preparado por la Comisión Principal, a debate en el pleno de la Asamblea Constituyente.

3. Tercera etapa: supresión del Decreto de Urgencia.

En sesión del 23 de mayo de 1979, la Comisión Principal revisó el título en torno a la Estructura del Estado en función de los criterios expresados en el debate de la Asamblea. El constituyente Enrique Chirinos Soto (PAP) propone suprimir, dentro de las atribuciones de la Comisión Permanente, la de “autorizar al Presidente de la República a dictar decretos de urgencia con fuerza de ley”, preocupado por el significado limitativo de la “autorización”. El constituyente Ramírez del Villar transó y recomendó que las atribuciones de la Comisión Permanente sean aquellas “que le señala la Constitución y el Reglamento del Congreso”, tal como quedó establecido en el artículo 185 de la Constitución de 1979. Así se suprimió la referencia al decreto de urgencia en el primero de los cinco artículos reseñados; sin embargo, aún quedaban cuatro. Entre ellos, un artículo expreso (artículo 195) y otro, que distinguía entre decretos legislativos y decretos de urgencia (artículo 196). Los constituyentes Roger Cáceres Velásquez (FNTC) y Enrique Chirinos Soto (PAP) consideraron que ambos artículos, al consagrar el decreto de urgencia, **reforzaban en exceso las facultades del Presidente de la República** y que era conveniente suprimir el instituto. Ramírez del Villar (PPC) aceptó la supresión y así fue votada y aprobada la eliminación de los decretos de urgencia de la Constitución de 1979⁽¹⁶⁾. Como era evidente, a propuesta del propio constituyente Enrique Chirinos Soto, también fue suprimida la mención al decreto de urgencia dentro del artículo que consignaba las atribuciones del Presidente de la República⁽¹⁷⁾.

Paralelamente, la figura de las “medidas extraordinarias en materia económica y financiera”, considerada también dentro de las atribuciones del Presidente de la República, siguió su curso sin mayor debate. Fue ratificada por la Comisión Principal⁽¹⁸⁾ y aprobada, luego, en la Asamblea Constituyente, con el tenor propuesto por la Comisión 5, que es el mismo que figura como inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979.

Queda claro, por lo tanto, que **los constituyentes no sólo conocieron el decreto de urgencia sino que lo suprimieron deliberadamente**. Lo que nos

(14) Diario de Debates de la Comisión Principal, tomo III, págs. 473-477.

(15) Ibidem, tomo IV, págs. 36 y 194; tomo V, págs. 122-123.

(16) Ibidem, tomo VII, págs. 111, 115, 116, 130 y 133. El constituyente Javier Ortiz de Zevallos (MDP) propuso incluir, en reemplazo del decreto de urgencia, los proyectos urgentes del Ejecutivo con “carácter preferente”, tal como lo consigna el artículo 189 de la Constitución de 1979.

(17) Ibidem, tomo VII, pág. 183.

(18) Ibidem, pág. 187.

queda por determinar es qué entender por estas “medidas extraordinarias en materia económica y financiera”. Es decir, ¿qué experiencia motivó a los constituyentes a ratificar tan fácilmente esta atribución? y ¿qué diferencia tienen ellas con estos temidos decretos de urgencia que fueron, simultáneamente, suprimidos del texto final de la Constitución? Para ello es necesario revisar ciertos precedentes constitucionales y legislativos peruanos vinculados con este tipo de “medidas extraordinarias”.

“Queda claro, por lo tanto, que los constituyentes no sólo conocieron el decreto de urgencia sino que lo suprimieron deliberadamente”

IV. LAS “MEDIDAS EXTRAORDINARIAS EN MATERIA ECONÓMICA Y FINANCIERA”. NATURALEZA JURÍDICA Y PREMISAS CONSTITUCIONALES.

1. El precedente: la Ley 17044.

No hay que rebuscar tanto para dar con el precedente que inspiró a los constituyentes, pues varios de ellos (Ramírez del Villar y Chirinos Soto, por ejemplo) habían participado en la concesión de “medidas extraordinarias en materia económica y financiera” al gabinete Herculles, en junio de 1968. Se trataba de salvar la denominada “crisis fiscal” (para otros era una “crisis económica”) con la adopción inmediata de “medidas” que dieran solución, según el texto de la Ley 17044, “al desequilibrio estructural de las finanzas públicas”, a la necesidad de “fortalecer la balanza de pagos internacionales del país” y a la urgencia de “fomentar el desarrollo integral de nuestra economía”. Pese a que la oposición (Coalición APRA -UNO) gobernaba ambas cámaras, las respectivas comisiones de Hacienda y de Constitución dieron un dictámen favorable (en mayoría) para conceder estas “medidas extraordinarias” al Gobierno del presidente Belaunde.

Estamos, por cierto, ante el caso de una **autorización legislativa**, procedimiento **previo** que no ha sido consignado expresamente en el inciso 20 del artículo 211 de nuestra Constitución. Por esa razón, la

mencionada ley estableció con claridad, el procedimiento de “dar cuenta al Congreso” (consignado en el inciso 20), que respondía a los propósitos de verificar el uso de la autorización legislativa. La Ley 17044 establecía lo siguiente: “las medidas que dicten en uso de las autorizaciones contenidas en esta ley, se expedirán por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta en cada caso al Congreso Nacional...”. Lo más insólito, al cotejar este precedente con el inciso 20 del artículo 211 -no es el hecho de no haber contemplado el procedimiento de la autorización legislativa- proviene de comprobar que la Constitución de 1933, en función de la cual se dictó la Ley 17044, no tiene referencia alguna a “medidas extraordinarias en materia económica y financiera” dentro de las atribuciones del Congreso (como autorización legislativa), ni menos aun dentro de las atribuciones del Presidente de la República. Y algo más: tampoco ha sido la Ley 17044, el único caso de autorización del Congreso para dictar “medidas extraordinarias” en dicha materia.

Revisemos, en primer lugar, las premisas constitucionales que permitieron dictar leyes autorizando al Ejecutivo a expedir “medidas extraordinarias” y luego estudiaremos las características (“extraordinarias”) de ese tipo de medidas a fin de aproximarnos a su naturaleza jurídica y permitirnos distinguir entre éstas y los decretos de necesidad y urgencia.

2. Las premisas constitucionales.

La Constitución de 1933 ofrecía una relación deficiente entre poderes y no tenía una estructura normativa tan lograda como la que exhibe la Constitución de 1979. Sin embargo, presentaba una nítida delimitación de competencias entre Gobierno y Parlamento. La única autorización prevista en la Carta de 1933, dentro de las atribuciones del Congreso, está referida a la negociación por el Ejecutivo de empréstitos, “empeñando la Hacienda Nacional y señalando fondos para su amortización” (artículo 123, inciso 6). A su vez, dentro de las atribuciones del Presidente de la República, la única susceptible de interpretarse vinculada al procedimiento de autorización legislativa, es la última, que establece genéricamente lo siguiente: “Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomienden” (artículo 154, inciso 27). Con esta potestad constitucional, es obvio que el Gobierno podía ser “encomendado” o “habilitado” a cumplir funciones no previstas, mediante ley (autoritativa), siempre y cuando ésta no contradiga el texto expreso de la Constitución.

Las autorizaciones legislativas vinculadas a “medidas de carácter extraordinario en materia eco-

nómica o financiera”, o que tienen parentesco con estas “medidas”, figuran más bien en el extenso y desordenado capítulo sobre “Garantías Nacionales y Sociales” (artículos 8 al 54), que agrupa tópicos tan heterogéneos como presupuesto y sistema monetario, libertad de comercio y régimen de propiedad, trabajo, salud y educación, matrimonio, régimen del funcionariado público, partidos políticos y pena de muerte. El marco normativo del cual se desprenden estas disposiciones, a cargo del Ejecutivo, en materia económica y/o financiera, podría ser:

2.1 El artículo 40, que establece la libertad de comercio y de industria, señala, al mismo tiempo, que cuando “lo exijan la seguridad o la necesidad pública, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación”.

2.2 El artículo 49, que apela a “circunstancias extraordinarias de necesidad social”, en las cuales se puede “dictar leyes o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte las providencias, tendientes a abaratar las subsistencias”.

En rigor, ambos artículos constitucionales referidos a autorizaciones legislativas para adoptar medidas por “necesidad pública” o en “circunstancias extraordinarias de necesidad social” no surgen con la Carta de 1933. Son, más bien, transcripciones casi literales de los artículos 45 y 57 de la Constitución de 1920. Si bien estas normas constitucionales o las prácticas de autorización legislativa que de ellas se derivan, podrían catalogarse como precedentes de las “medidas extraordinarias” en materia económica y financiera “cuando así lo requiera el interés nacional”, podrían también presumirse, con justificada razón, como precedente del impreciso artículo 132 de la Constitución de 1979, que faculta al Estado - así de genérico- a “intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario” en “situaciones de crisis grave o de emergencia”. Al igual que el manido inciso 20, el artículo 132 no delimita procedimientos ni competencias normativas entre ambos poderes, dejando “abierta” la apelación a estos artículos constitucionales en situaciones que, por su excepcionalidad, exigen cuando menos un contrapeso muy firme desde el Parlamento que impida excesos, garantice la fiscalización de las medidas y el control de la “circunstancia extraordinaria” que la motiva y, a su vez, defienda y haga prevalecer la competencia legislativa de la cual tiene todo Parlamento la indiscutida titularidad.

3. Una breve genealogía (1924 - 1942).

Aunque las autorizaciones legislativas para dictar “medidas extraordinarias”, aquí registradas,

pueden obedecer, a una interpretación extensiva del Congreso para autorizar habilitaciones normativas no previstas -expresamente- por la Constitución, ellas constituyen, para efectos de este estudio, una significativa aproximación a la delimitación de estas “medidas extraordinarias” y al procedimiento de “dar cuenta al Congreso” del uso que el Ejecutivo ha hecho de estas medidas. Este marco normativo fue, a su vez, el precedente que inspiró la aprobación de la Ley 17044 en junio de 1968. Nos hemos remontado hasta 1924, al Gobierno de Leguía, no sólo por la mencionada similitud entre los artículos constitucionales en los textos de 1920 y 1933 sino, principalmente, a fin de resaltar cierta continuidad en esta práctica parlamentaria a pesar de haber transcurrido inevitables -y a veces bruscos- cambios gubernamentales en el periodo aquí registrado. Veamos estos casos:

3.1 Ley 5085.- Establece el monopolio de la industria y el comercio de fósforos y similares y faculta al Ejecutivo a dictar las “disposiciones complementarias que requiere la ejecución de esta ley, dando cuenta al Congreso del uso que haga de esta autorización”. Promulgada el 18 de abril de 1925 (Gobierno de Leguía).

*“Aun los mejores textos
constitucionales, o los más antiguos,
van mudando significados y
adhiriendo nuevas interpretaciones
con el ánimo de adaptarse y
flexibilizarse ante nuevas e
imprevistas realidades”*

3.2 Ley 6566.- Autorización al Ejecutivo para adoptar medidas a fin de reorganizar el servicio de aduanas. Promulgada el 12 de marzo de 1929 (Gobierno de Leguía).

3.3 Ley 7837.- Autoriza al Poder Ejecutivo a poner en vigencia (de acuerdo a criterios trazados por la Comisión Principal de Hacienda) el proyecto de ley de Impuesto a la Renta (legislación delegada), pero, además, autoriza al Ejecutivo a tomar diversas medidas (aumentar tasas del impuesto a las utilidades, a los sueldos y a la renta del capital movable) “con el objeto de destinar su producto a la instalación y al sostenimiento

de fábricas de materiales de guerra". Promulgada el 11 de octubre de 1933 (Gobierno de Benavides), a propósito de la guerra con Colombia.

3.4 **Ley 8951.**- Establece limitaciones a la libertad de comercio e industria mientras exista el estado de guerra en Europa. "Artículo 1.- El gobierno ejercerá mediante decretos u otras disposiciones administrativas la facultad de establecer limitaciones o reservas a la libertad de comercio y de industria y dictar las medidas necesarias para el abaratamiento de las subsistencias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 49 de la Constitución, mientras exista el estado de guerra entre las potencias europeas y subsistiera, por efecto de esta guerra, la anormalidad de la vida económica y social". Promulgada el 3 de setiembre de 1939 (Gobierno de Benavides)⁽¹⁹⁾.

3.5 **Ley 9098.**- El Congreso autoriza al Ejecutivo a "dictar leyes mientras dure el conflicto europeo, con el fin de facilitar la colocación de nuestros productos de exportación en el extranjero". El Poder Ejecutivo "utilizará esta autorización durante el receso del Congreso, al que dará cuenta, en la inmediata Legislatura, del uso que de ella hubiere hecho". Promulgada el 9 de mayo de 1940 (Gobierno de Manuel Prado).

3.6 **Ley 9099.**- Autoriza al Ejecutivo a realizar, durante el receso del Congreso, "operaciones de crédito para cancelar o consolidar las deudas públicas destinando las economías que se obtengan a obras de salubridad e irrigación y caminos; y a completar las instalaciones para las explotaciones petrolíferas del Estado". El Gobierno utilizará esta autorización "durante el receso del Congreso, al que dará cuenta en la inmediata legislatura del uso que de ella hubiere hecho". Promulgada el 9 de mayo de 1940 (Gobierno de Manuel Prado).

3.7 **Ley 9161.**- A consecuencia del terremoto de mayo de 1940, el Congreso otorga fuerza de ley al Decreto Supremo de 28 de junio, que autorizó al Banco Central Hipotecario del Perú "para conceder préstamos de dinero, destinados a reparar inmuebles dañados o destruidos por el terremoto de 24 de mayo último". El

mencionado Decreto Supremo, dictado durante el receso del Congreso, apeló a una facultad delegada destinada a reorganizar el Banco Hipotecario. Los considerandos expresan la necesidad de tomar "medidas extraordinarias" por haber ocurrido una "calamidad pública"⁽²⁰⁾. La fórmula final del decreto supremo fue la siguiente: "Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, y con cargo de dar cuenta al Congreso". Así sucedió. Reunido el Congreso, evaluó las medidas emanadas del Decreto y le otorgó, mediante esta Ley, fuerza legal. Promulgada el 5 de setiembre de 1940 (Gobierno de Manuel Prado).

3.8 **Ley 9577.**- El Congreso autoriza al Ejecutivo, mientras dure "la situación de guerra en que se encuentran los Estados Unidos de Norteamérica", a dictar las "disposiciones necesarias sobre cuentas y operaciones bancarias", y a adquirir "los elementos que la defensa requiera, realizando las operaciones indispensables para tal objeto". También lo autoriza a "ampliar atribuciones de los Bancos Agrícola, Industrial, y Minero" para otorgar créditos destinados a "la ejecución de obras de irrigación y para otras actividades que interesen a las necesidades del país". Finalmente, lo autoriza a dictar las "medidas necesarias referentes a la moneda metálica, determinando a la vez las aleaciones y formas que debe tener". Promulgada el 12 de marzo de 1942 (Gobierno de Manuel Prado).

4. Naturaleza jurídica de las "medidas extraordinarias".

A partir de estos ocho casos, rastreados dentro de un extenso periodo de dieciocho años (1924 - 1942), y teniendo en consideración el precedente que influyó en los constituyentes (la Ley 17044), podemos trazar las siguientes características de la "medida extraordinaria", atendiendo a la circunstancia que la motiva, a su procedimiento de expedición y el trámite de convalidación que le son inherentes. Veamos:

4.1 Circunstancia.- La "medida extraordinaria" res-

(19) Obsérvese que la ley autoritativa fue dictada dos días después de haberse iniciado la Segunda Guerra Mundial, aún como "guerra europea", sin la inclusión de los Estados Unidos. En propiedad, esta "ley autoritativa", si bien cubre el aspecto formal y la competencia material que aquí nos interesa subrayar, no fue tal en virtud de la inexistencia de un Congreso entre 1936 y 1939. Se trataba, por tanto, de un "decreto-ley" en términos formales y de una autorización a sí mismo en términos reales.

(20) Los considerandos del Decreto Supremo son sumamente expresivos respecto a la gravedad de la circunstancia y la "necesidad pública" de adoptar estas medidas. Vale la pena reproducirlos. Por ejemplo:

- "Que es deber imperioso del Estado dictar, en forma inmediata, las medidas extraordinarias que reclaman las necesidades de la colectividad frente a las grandes calamidades públicas;
- Que el terremoto del 24 de mayo ha producido, además de los daños personales, otros de carácter material, igualmente graves, a la propiedad urbana, ubicada en zonas afectadas;
- Que para la atención de los daños personales el Estado, desde los primeros momentos de la catástrofe, puso en práctica medidas de emergencia, respecto al auxilio de los damnificados con servicios médicos, de alimentación;
- Que corresponde ahora dictar disposiciones en favor de los damnificados propietarios (...) desde que el sismo ocurrido es una calamidad pública que reclama la impostergable e inmediata acción del Estado".

ponde, en cada caso, a acontecimientos que podríamos calificar de "extraordinarios", en cuanto resultan ajenos al manejo ordinario de la Administración y del Gobierno. El terremoto de 1940, las provisiones para la guerra con Colombia o los efectos sobre nuestro comercio que origina el inicio de la Segunda Guerra Mundial, son casos de indudable carácter "extraordinario" que requieren este tipo de medidas a fin de afrontar de inmediato esta situación imprevisible, que ocasiona graves daños a la colectividad. Son sucesos externos ante los cuales hay que adoptar, en términos inmediatos, medidas para su resolución. Todos ellos se vinculan con necesidades dentro de la administración de la Hacienda Pública. Igual sucede con la crisis fiscal de 1968 o la reorganización de las aduanas de 1929.

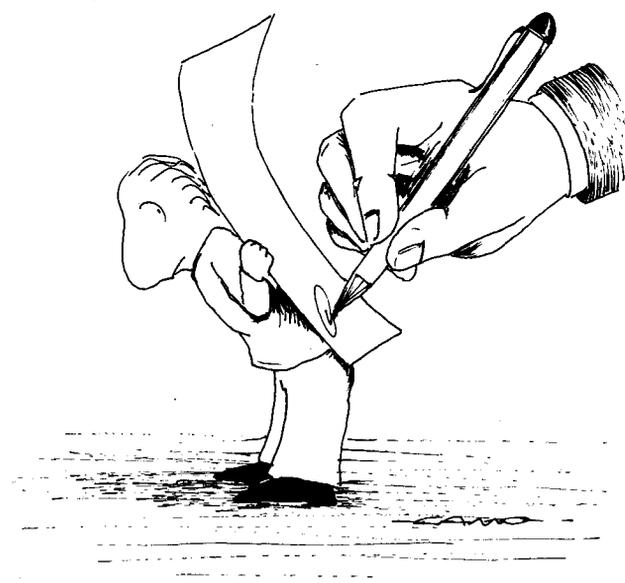
4.2 Procedimiento.- Las "medidas extraordinarias" no son un acto unilateral ni responden a una potestad discrecional del Presidente de la República. Para expedirse, hay previa evaluación por parte del Congreso de la circunstancia que motiva la solicitud del Gobierno. El Congreso autoriza al Gobierno, vía ley, para adoptar estas "medidas" o "disposiciones" durante el receso del Congreso.

4.3 Convalidación.- No es apropiado referirse a la convalidación de estas "medidas extraordinarias" porque la autorización implica una especie de legislación delegada, habilitando al Gobierno a tomar las requeridas disposiciones mediante leyes formales. Tampoco es, propiamente, legislación delegada. Dichas normas, en virtud de la circunstancia excepcional que las origina, no tienen vocación de permanencia. Su propósito no es legislar sino suspender o modificar transitoriamente cierta legislación a fin de adoptar estas medidas. Se produce, sin embargo, como requisito de la "autorización" el procedimiento de "dar cuenta al Congreso" del "uso que de ella hubiere hecho". En el caso del terremoto de 1940 y en la Ley 17044 de 1968 hay una importante variante: ambos apelaron a decretos supremos. Las "medidas extraordinarias" de 1940 fueron adoptadas por Decreto Supremo en cuanto el Congreso se encontraba en receso al producirse el terremoto. Luego, al reunirse y tomar en consideración las "medidas" adoptadas, el Congreso convalidó (otorgó fuerza de ley) al Decreto Supremo correspondiente, mediante la Ley 9161. A su vez, la autorización de 1968 facultó, expresamente, al Gobierno a apelar a decretos supremos para realizar las modificaciones legales que fuesen indispensables para resolver la crisis fiscal, siempre con el requisito de "dar cuenta al Congreso". Hay, por tanto, en cualquier caso, una necesaria correspondencia entre los poderes, reflejado en un obligado trámite de ida (autorización) y vuelta ("dar cuenta") de esas "medidas extraordinarias" ante el Congreso de la República.

V. EL INCISO 20 DEL ARTÍCULO 211. ¿DECRETO DE URGENCIA O "MEDIDAS EXTRAORDINARIAS"?

1. La nueva premisa constitucional.

El texto que configura el inciso 20 del artículo 211 fue aprobado en la Asamblea Constituyente sin mayor debate. Transcurrió de la Comisión 5 a la Comisión Principal y de ésta al pleno, sin mayor preocupación por su contenido. La redacción final -como se sabe- quedó así: "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 escasa preocupación por su contenido, aparentemente contradictoria con la tendencia de la Asamblea a suprimir el decreto de urgencia a fin de no reforzar en exceso las atribuciones presidenciales, nos revela cuatro conclusiones preliminares que hay que considerar al momento de abordar la interpretación constitucional del inciso 20. Ellas son:



1.1 Las "medidas extraordinarias" no eran previstas como decretos de urgencia. No sólo porque fueron abordadas por separado, sino porque ellas no provocaron el ardoroso debate ni las fundadas objeciones que sí fluyeron por la incorporación -inicialmente prevista- de los decretos de urgencia, aun con el expediente de la convalidación o ratificación.

1.2 Si los decretos de urgencia, previstos para casos de "extraordinaria y urgente necesidad" (artículo 65 de la ponencia del PPC), fueron suprimidos, hay que supo-

ner que estas “medidas extraordinarias” estaban previstas para circunstancias aun más “extraordinarias” que aquellas que pueden derivarse de medidas aplicadas en función de la “extraordinaria y urgente necesidad”. ¿Qué casos pueden ser más “extraordinarios”? Aquellos que escapan al margen de previsibilidad que tiene todo Gobierno o Parlamento: terremotos, inundaciones, desastres naturales y otras calamidades públicas. Hay, por tanto, en principio, una suerte de jerarquía en cuanto al carácter “extraordinario” que motiva al decreto de urgencia o a las “medidas extraordinarias”.

1.3 ¿Cuál es, sin embargo, la relación jerárquica entre las leyes formales y estas “medidas extraordinarias”? ¿Pueden suspender leyes y reconocérseles, en consecuencia, fuerza de ley? El texto es demasiado parco para deducir de él una posición afirmativa o negativa. Pero queda, en resguardo del principio de legalidad, la posición asumida por los constituyentes al suprimir el decreto de urgencia. Lo reemplazaron, a propuesta de Javier Ortiz de Zevallos (MDP), por el “carácter preferente” de los proyectos de ley enviados por el Gobierno con urgencia al Parlamento.

1.4 Aun así, contemplado el punto anterior, puede también deducirse que estas “medidas extraordinarias”, en virtud de su carácter excepcionalmente “extraordinario” -el lector comprenderá el sentido de esta aparente redundancia- no estaban dispuestas a someterse al expediente del debate parlamentario, aun cuando el proyecto de ley tuviese “carácter preferente”. Queda aquí pendiente, también, la situación de estas “medidas extraordinarias” en caso de encontrarse el Congreso en receso de sus funciones ordinarias y el rol que podría cumplir, mientras tanto, la Comisión Permanente.

Esa poca preocupación de la Asamblea Constituyente por las “medidas extraordinarias” también se reflejó en las primeras exposiciones analíticas del texto constitucional. Por ejemplo, en su libro “La Constitución Comentada”, Alberto Ruiz-Eldredge, quien fue constituyente por el PSR, en el capítulo correspondiente al Poder Ejecutivo, comenta en conjunto los 26 incisos del artículo 211 y nada dice en torno a las “medidas extraordinarias”, lo cual puede ser un importante indicador de su escasa gravitación dentro de las atri-

buciones presidenciales⁽²¹⁾. Carlos Pareja Paz Soldán vincula las “medidas extraordinarias” con las atribuciones administrativas -lo cual conlleva cierta jerarquía- del Presidente de la República, sin extenderse sobre su alcance⁽²²⁾. Enrique Bernalles y Marcial Rubio, en la primera edición de su difundido libro “Perú: Constitución y Sociedad Política”, abordan seis incisos consecutivos del artículo 211 (del 17 al 22) y brindan una explicación somera pero restrictiva y muy precisa en torno al ámbito de estas “medidas extraordinarias”. Citamos: “Estas medidas se aplican exclusivamente a las tarifas arancelarias, que pueden regular de acuerdo a criterios técnicos y que dependen de fluctuaciones en la balanza de pagos, en el valor y disponibilidad de la moneda, los precios, etc.”⁽²³⁾. Mayor interés tiene, sin embargo, la pregunta -y la respuesta- que esgrime Enrique Chirinos Soto (ex-constituyente, que había participado en la supresión del decreto de urgencia), en su consultado libro “La nueva Constitución al alcance de todos”. Vale la pena citarlo *in extenso*:

“Habría que establecer si esas medidas extraordinarias, en materia económica y financiera, que el Presidente puede dictar, cuando así lo requiera el interés nacional, tienen fuerza de ley y pueden, en consecuencia, alterar o derogar leyes preexistentes. **Pienso que la respuesta es negativa.** Para una tal amplitud de facultades, el Presidente necesita autorización expresa del Congreso sobre las materias y por el término que la misma ley autoritativa especifique (artículo 188 e inciso 10 del propio artículo 211)”⁽²⁴⁾.

Hasta aquí las premisas constitucionales en torno a las “medidas extraordinarias”. La práctica gubernamental seguida desde el Gobierno de Belaunde, en particular a través del entonces Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio, significó un giro muy grave de estas posiciones iniciales asumidas por los constituyentes y por los comentaristas de nuestra Constitución. No desautoriza en absoluto, a unos y otros. Muy por el contrario desautoriza la práctica gubernamental. Al emprenderse el dictado de estas “medidas extraordinarias” no había, por tanto, soporte interpretativo del cual recoger -o sobre el cual fundamentar- su uso como normas con “fuerza de ley”. No había premisa constitucional que las justifique. Pero así se dictaron, sin embargo.

(21) RUIZ-ELDREDGE, Alberto. La Constitución comentada. Enero de 1980, págs. 278-281.

(22) PAREJA PAZ SOLDAN, José. Derecho Constitucional peruano y la Constitución del 1979, tomo I, pág. 322.

(23) RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Perú: Constitución y Sociedad Política. DESCO, enero de 1981, pág. 396. Aun así hay que hacer notar que el inciso 22 del artículo 211 reconoce como atribución presidencial: “Regular las tarifas arancelarias”.

(24) CHIRINOS SOTO, Enrique. La nueva Constitución al alcance de todos. Editorial Andina, primera edición, 1979. La referencia de Chirinos a la legislación delegada (artículo 188) responde al resguardo del principio de legalidad que, como vimos, caracterizó al espíritu de los constituyentes. (El subrayado es nuestro).

2. La práctica gubernamental.

Sobre la práctica gubernamental de estos doce años -conocida de sobra- hay numerosos estudios, algunos más exhaustivos que otros⁽²⁵⁾. 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. Entre octubre y noviembre de 1983, el Colegio de Abogados, a través de su Decano, Gonzalo Durant Aspíllaga, consultó a especialistas en Derecho Constitucional -entre ellos a Eguiguren y a García Belaunde- respecto de la validez legal de estos decretos supremos. Desde entonces comenzó a tipificarse la atribución del inciso 20 como un correlato del decreto de necesidad y urgencia que establecían constituciones europeas como las de Italia (1947) o España (1978). No obstante, hay que señalar que esos cuatro decretos supremos; aun cuando fuesen interpretados como decretos de urgencia, implicaban una expresa vulneración del artículo 140 de la Constitución, que establecía, sin excepciones, en su primer párrafo, lo siguiente: **“Las operaciones de endeudamiento externo e interno del Gobierno Central, que incluyen las garantías y avales que éste otorga, son autorizadas por ley, la cual determina sus condiciones y aplicación”**. Es decir, esta controversia no era, en propiedad, sobre el alcance de las “medidas extraordinarias”. Era, más bien, un muy particular problema surgido en torno a la inconstitucionalidad de los mencionados decretos supremos; no era admisible, por tanto, ubicarlo dentro del tenor interpretativo de las “medidas extraordinarias” ni del decreto de urgencia, pues aquí se estaba violando un expreso procedimiento -previo- de autorización parlamentaria sobre el cual no puede quedar duda tras la lectura del artículo 140 de la Constitución. Pero -como decimos- ya que el Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio, al expedir estos decretos, apeló al inciso 20, la interpretación respecto al significado de estas “medidas extraordinarias” -y de la posibilidad de contemplar un decreto modificatorio de la normatividad legal vigente en nuestro ordenamiento constitucional- permitió hacer hincapié en aquellos decretos provisionales que la doctrina denomina “decretos de necesidad

y urgencia” y equiparar, por tanto, nuestras “medidas extraordinarias” con este instituto.

Las materias que apelaron al inciso 20 desbordaron no sólo el ámbito de la legalidad sino el propio ámbito “económico y financiero” en torno al cual podía -si se quería- apelarse estrictamente al inciso 20. Las cifras son conocidas y expresan una grave y evidente ruptura del esquema de equilibrio de poderes establecido por la Carta de 1979. Entre 1980 y 1992 -antes del 5 de abril-, César Landa ha podido detectar la espeluznante cantidad de 2,579 “medidas extraordinarias” derivadas de este inciso 20. De ellas, corresponden 667 al periodo constitucional del presidente Belaunde; 1,338 al presidente García y 574 a los veinte meses en que el ingeniero Fujimori actuó como Presidente Constitucional. ¿Cómo pudo mantenerse y legitimarse esta práctica, a todas luces inconstitucional -como explicaremos a continuación-, que desvirtuó el sistema de cooperación de poderes y usurpó, paulatinamente, la función legislativa, que tiene como irremplazable titular al Parlamento? Ya es grave el carácter ordinario con que los tres gobiernos expedían legislación material a través de esta catarata de decretos supremos clandestinos, numerados e incorporados dentro de la potestad reglamentaria propia del decreto supremo, sin expresa consideración al ámbito legal que suspendían y alteraban. Pero lo más grave resulta, sin embargo, aun cuando se considerasen como decretos de urgencia estas “medidas extraordinarias”, que prescindían deliberadamente del trámite de revisión y convalidación parlamentaria que es consustancial a decretos con carácter provisional.

Hay, es cierto, en descargo de esta práctica gubernamental, cierta deficiencia en la redacción del inciso 20, pues no especificó trámite alguno de revisión o convalidación, ni tampoco exigía la autorización legal del Parlamento, que -como vimos en la breve exposición genealógica registrada entre 1924 y 1942, y que incluía el precedente de 1968- fue consustancial al ejercicio de estas “medidas extraordinarias” en el Perú del siglo XX. Pero -claro está- tampoco le confería fuerza de ley, tal como Enrique Chirinos Soto lo reconocía, al trazar sus comentarios a la Carta de 1979. Ese limbo jurídico acaso se explique por la despreocupación del constituyente por el carácter muy excepcional que podrían tener estas “medidas extraordinarias”, consi-

(25) Especialmente: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente, CAJ. -Fundación Naumann, 1991, págs. 207-244; BERNALES, Enrique, en sus libros Parlamento y democracia (Constitución y Sociedad, 1990) y El Parlamento por dentro (1984) y en su ensayo “El funcionamiento del sistema político de la Constitución del 1979”, publicado en el colectivo La Constitución. Diez años después. (CAJ-Constitución y Sociedad, págs. 138-166); GARCIA BELAUNDE, Domingo. Teoría y Práctica de la Constitución Peruana, EDDILI, 1989, tomo I, págs. 338-343. También resulta lectura obligatoria, para abordar el conflicto entre estas “medidas extraordinarias” y el principio de legalidad en materia tributaria, los trabajos de Luis Hernández Berenguel, Armando Zolezzi Möller, Humberto Medrano y César Luna Victoria, publicados en su mayor parte, en la Revista Peruana de Derecho Tributario.

deradas éstas en el debate constitucional como ajenas al decreto de urgencia y vinculadas, más bien, a casos de calamidad pública por efectos no de la gestión política sino de la naturaleza (terremotos, etc.). Aun así, en la ponencia que originalmente propuso estas “medidas extraordinarias” (que fue la del PPC), sí fue planteado un procedimiento previo de verificación de la circunstancia extraordinaria que podía motivar la expedición de estas “medidas extraordinarias”, a cargo del Consejo Económico y Social. Citamos: “Administrar la hacienda pública nacional; negociar los empréstitos y dictar las medidas extraordinarias en materia financiera cuando así lo requiera el interés nacional, **previo informe del Consejo Económico y Social** y con cargo de dar cuenta al Congreso”⁽²⁶⁾.

“En ese periodo -denominado “interregno parlamentario”- (...) la figura (...) consagrada no es, en propiedad, un decreto de urgencia (...) Aquí estamos, más bien, ante la conocida figura de los “decretos-leyes” peruanos, típicos de regímenes dictatoriales que prescinden del Parlamento”

Por la denominación, suponemos que la figura del Consejo Económico y Social fue adoptada de la Constitución de Francia de 1958 (artículos 69 al 71). Este Consejo en Francia tiene como función emitir dictámenes “sobre los proyectos de ley, de ordenanza o de decreto y sobre las propuestas de ley que le sean sometidos” (artículo 69), en forma consultiva, pero obligada para todo “plan o proyecto de ley programática de carácter económico o social” (artículo 70). Al eliminarse

del proyecto de Constitución la referencia al Consejo Económico y Social fue eliminado este procedimiento previo sin percatarse de la amplitud y el vacío que implicaría. El texto constitucional tampoco se refería al trámite previo de autorización legal que había regido en el Perú en 1968 -y aun antes- y que, con un tenor muy similar, figuraba en la Constitución de Venezuela (1961), que también cumplió su parte como fuente inspiradora de los constituyentes⁽²⁷⁾. La precisión, entonces, en torno al alcance de estas “medidas extraordinarias” y a su vínculo con los decretos de urgencia, quedó en manos de la interpretación constitucional.

3. La interpretación constitucional.

La interpretación de las “medidas extraordinarias” como decretos de urgencia no fue -como se ha sostenido- fruto de “juicio político” interesado. Independientemente del uso arbitrario de los cuatro decretos supremos que introducían modificaciones presupuestales y autorizaban al propio Ejecutivo a realizar puntuales operaciones para renegociar la deuda. La consulta abierta realizada por el Colegio de Abogados abrió paso a esta tipificación, que fue fundamentada no por políticos sino por especialistas de Derecho Constitucional, meses antes de que el Ministro de Economía, Rodríguez Pastor, emita su famoso informe al Congreso en torno a la naturaleza jurídica de estas “medidas extraordinarias”. Pero el informe de Rodríguez Pastor -fechado en marzo de 1984- es igualmente importante en términos de interpretación constitucional porque ahí no sólo sostuvo que estas “medidas extraordinarias” tenían “la calidad jurídica de decretos de necesidad y urgencia”, sino que avanzó en la exposición del significado de ese decreto excepcional, estableciendo las siguientes características:

- a) Que tienen “carácter extraordinario” por lo cual son diferentes a los decretos y resoluciones “que ordinariamente puede dictar el Presidente de la República”.
- b) Que obedecen a un “estado de necesidad”, ya que sólo “pueden dictarse cuando así lo requiera el interés nacional”.
- c) Que el “dar cuenta al Congreso” implica una “intervención *a posteriori* del Congreso, que es característica de los decretos de necesidad y urgencia”.

(26) Es el inciso 24 del artículo 21 de la ponencia del PPC sobre Estructura del Estado, elaborada por Roberto Ramírez del Villar. En: BERNALES, Enrique, RUBIO, Marcial; Constitución: fuentes e interpretación, Mesa Redonda. 1988, pág. 242. El subrayado es nuestro. (No hay que olvidar que esta misma ponencia incorporaba el decreto de urgencia en la forma de “decretos-leyes”).

(27) El artículo 190 de la Constitución de Venezuela, referido a las “atribuciones y deberes” del Presidente de la República, establece, en su inciso noveno: “Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado ello por ley especial”.

d) En suma, que estas “medidas extraordinarias”, previstas en el inciso 20 del artículo 211, son “normas jurídicas dictadas por el Presidente de la República” y tienen “forma de decretos supremos pero el contenido, la fuerza y los efectos de las leyes”.

Desde entonces, fue común suponer que se encontraba dividida la interpretación constitucional, más allá de matices internos, en dos grandes sectores: aquellos que defendían una **interpretación literal** del texto constitucional, negando la presencia en éste de los decretos de urgencia, y aquellos que erigían una **interpretación dinámica**, argumentando la derivación del decreto de urgencia de la lectura del inciso 20. Ambas posturas discutían alrededor de la figura del decreto de urgencia sin preguntarse sobre el significado que correspondía, en cualquier caso, a estas “medidas extraordinarias”. Ambas tenían, además, un conflicto con las limitaciones que presentaba el texto del inciso 20. Si, por ejemplo, estas “medidas extraordinarias” no son decretos de urgencia ni pueden alterar o modificar las leyes, entonces, ¿a qué se debe su carácter “extraordinario” y su presencia como atribución del Presidente de la República, diferenciada, expresamente, de los decretos supremos reglamentarios previstos en el inciso 11 del mismo artículo? Si, en cambio, eran decretos de urgencia, ¿por qué no se ha considerado su carácter transitorio ni su inmediato trámite de ratificación o convalidación, diluido en el inofensivo expediente de “dar cuenta al Congreso”?

Había, en verdad, un entrapamiento. La propia interpretación del ministro Rodríguez Pastor en el citado oficio, no obstante poder catalogarse como “dinámica” (en cuanto admitía la presencia del decreto de urgencia), era en verdad meramente literal. Se limitaba a buscar algunas coincidencias entre el texto gramatical del inciso 20 y la naturaleza doctrinaria de los decretos de urgencia: “carácter extraordinario”, “estado de necesidad” en virtud del “interés nacional” y la intervención posterior del Congreso como “característica” de estos decretos de necesidad y urgencia. Pero no acudía a la doctrina para recoger íntegra la naturaleza **provisional** de estos decretos, con lo cual tendría que haberlos sometido, si era consecuente con su interpretación, a inmediata deliberación por el Parlamento. Si, además de exponer en este oficio las supuestas virtudes de las “medidas extraordinarias” como decretos de urgencia, hubiese expresado, en los respectivos considerandos del decreto, que sometía a deliberación y convalidación del Congreso la “medida extraordinaria” adoptada, en ese caso sí hubiese sido válida no sólo la interpretación como decreto de urgencia del inciso 20, sino las posturas interpretativas que negaban o afirmaban la presencia del instituto. Pero aquí era otro el problema. Sólo se acudía a él parcialmente, justifican-

do su fuerza de ley sin contrapesarlo con el requisito de la convalidación parlamentaria.

Por lo demás, toda interpretación constitucional es dinámica. El conocimiento o reconocimiento de las fuentes o del propio debate constituyente, son exclusivamente un primer momento en la interpretación constitucional. Aun los mejores textos constitucionales, o los más antiguos, van mudando significados y adhiriendo nuevas interpretaciones con el ánimo de adaptarse y flexibilizarse ante nuevas e imprevistas realidades. Sucede así también como método de cortesía ante una laguna o vacío que exhiba el texto constitucional. A través de leyes o de interpretaciones se cubren las lagunas y se desarrollan y enriquecen las instituciones establecidas en una Constitución. La interpretación literal no era, por tanto, aquella que negaba la presencia del decreto de urgencia. Eso no era una interpretación, sino un hecho. No fue incorporado -o, mejor dicho, fue suprimido- por la Asamblea Constituyente. La verdadera -y peligrosa- interpretación literal consistía en permitir la modificación y alteración de las leyes subrayando su carácter “extraordinario”, sin preocuparse por establecer un firme y estricto control parlamentario de ese tipo de medidas dictadas por el Ejecutivo avasallando el marco de la legalidad. En síntesis, esta interpretación literal de las “medidas extraordinarias” buscaba el provecho de los decretos de urgencia (considerándolos decretos con fuerza de ley), pero silenciaba, se negaba a admitir, las limitaciones que le eran propias (carácter transitorio y convalidación inmediata por el Parlamento).

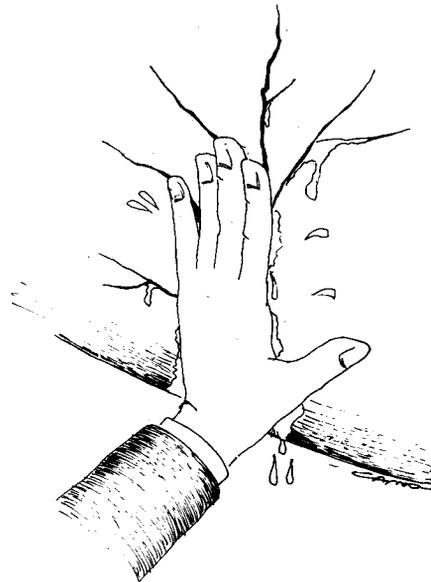
A raíz de esta parcial interpretación se fue legitimando el abuso del inciso 20. Resultaba un instituto *sui generis* en el Derecho Constitucional Comparado, mediante el cual el Ejecutivo peruano podía dictar, en forma ordinaria, decretos que modificaban -ni siquiera suspendían, pues carecían de transitoriedad- las leyes, sin atenerse al control correspondiente por el titular de la potestad legislativa. Aun más: se llegó a sostener que bastaba el expediente de “dar cuenta al Congreso”, en términos meramente informativos, como quien remite al Congreso una copia del decreto aparecido en “El Peruano”, ya que la Constitución no especificaba ningún procedimiento para revisar o convalidar estas “medidas extraordinarias”. Se respaldaba esta interpretación literal del decreto de urgencia no sólo en el texto que no establecía la convalidación, sino en la supuesta voluntad del constituyente, ahí expresada. Olvidaban que, precisamente en resguardo de la titularidad legislativa del Parlamento y por expreso temor a la exacerbación de facultades del Ejecutivo, el decreto de urgencia no fue incluido en la Constitución de 1979. Difícil, por tanto, justificar esta parcial versión del decreto de urgencia con la apelación al

constituyente. Menos aun si constatamos el sistemático y desaprensivo uso que se le daba a estas medidas presuntamente "extraordinarias". Ante esta postura, que criticaba la reglamentación del inciso 20 en nombre de la Constitución, esgrimimos el siguiente argumento, que vale la pena consignar en este trabajo:

"Antes de enjuiciar la reglamentación del inciso veinte, tantas veces solicitada por parlamentarios y constitucionalistas, es menester enjuiciar el uso que ha tenido esa atribución presidencial. ¿Ha sido, su uso, escrupulosamente constitucional, apegado a la voluntad del constituyente? ¿Fue, acaso, voluntad del constituyente, permitir que a través de esta medida el gobernante se convierta en un legislador todopoderoso, carente de veto y de control? ¿Puede considerarse constitucional el uso ordinario de una medida contemplada por la Constitución para casos extraordinarios? ¿No es inconstitucional, acaso, que bajo habitual pretexto de emergencia económica el Presidente modifique y suspenda leyes en forma consuetudinaria? ¿No es inconstitucional, también, que sobrepase en sus efectos el ámbito económico-financiero al cual la Constitución restringe el uso de esta medida? Lo verdaderamente inconstitucional sería, pienso, legitimar este abuso, justificarlo, impidiendo que acuda en auxilio de la Constitución una reglamentación que resucite la naturaleza extraordinaria de una medida absolutamente desnaturalizada en su uso, precisamente por la ausencia de control"⁽²⁸⁾.

A estas alturas, parecía inútil deslindar entre "medidas extraordinarias" y decretos de urgencia. Por la deficiencia en la redacción del inciso 20, sin autorización de ley para dictar "medidas extraordinarias" y sin precisión en torno al procedimiento de ratificación, uno y otro instituto corrían paralelos como expedientes para dictar leyes (o modificaciones legales) por la simple vía de apelar permanentemente a esta liberal interpretación del tenor proclamado por el inciso 20. Así, fue generándose un importante consenso que fluía no del ámbito de la política, sino desde los especialistas del Derecho Constitucional: hay que darle forma orgánica de decreto de urgencia a estas "medidas extraordina-

rias", adhiriéndole aquellos mecanismos de control parlamentario que le son inherentes (tal como lo apreciamos al revisar el instituto al interior del Derecho Constitucional Comparado). Un consenso tan amplio que se pronunciaron favorablemente a esta reglamentación, entre otros, Enrique Chirinos Soto, Carlos Torres y Torres Lara y hasta el diario "Expreso"⁽²⁹⁾. Aunque tarde, llegaba la contrapartida legal (y constitucional) que introducía la reglamentación del inciso 20 y reforzaba aquella interpretación -surgida entre 1983 y 1984- que tipificaba a estas "medidas extraordinarias" como decretos de necesidad y urgencia. Ese refuerzo constitucional -algo tardío- fue la Ley de Control Parlamentario.



VI. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LAS "MEDIDAS EXTRAORDINARIAS".

La Ley de Control Parlamentario (Ley 25397), publicada en "El Peruano" el 9 de febrero de 1992, fue promulgada por el Congreso de la República, a principios de 1992, luego de superar las observaciones que hiciera a la autógrafa el entonces Presidente Constitu-

(28) Cfr. PLANAS SILVA, Pedro. Rescate de la Constitución. Abril Editores, 1993, págs. 273-274. El texto fue escrito en marzo de 1992, en polémicas con Enrique Chirinos. (Otras referencias a los decretos de urgencia pueden cotejarse en las págs. 99-101, 153-156, 186-187, 257-262, 269-274, 285-288 y 523-529).

(29) Aunque parece que luego modificó su opinión, Enrique Chirinos sostuvo lo siguiente: "...se requiere que el Congreso reglamente la atribución del Presidente de dictar medidas extraordinarias en materia económica y social (sic), mediante una ley orgánica" (Cfr. su libro Los decretos de urgencia, 1991, pág. 110). A su vez el diario "Expreso", en un editorial titulado "Decretos supremos de urgencia", publicado el 26 de noviembre de 1991, enarboló con énfasis la reglamentación: "Por ello, es necesario que el Congreso, que ya cuenta con una serie de proyectos de ley para reglamentar el inciso 20 del artículo 211, se decida a hacerlo (...) Al reglamentar este artículo, lo que debe hacerse sin más dilaciones, el Congreso debe ceñirlo a su verdadera razón de ser, resaltando su carácter provisional, limitándolo a las materias y situaciones para las que fue creado...". ¿Un consenso más amplio...? Imposible.

cional, Alberto Fujimori⁽³⁰⁾. Tenía como finalidad expresa fijar el impreciso término constitucional de “dar cuenta al Congreso”, adaptándolo a procedimientos propios del control parlamentario. Además de las “medidas extraordinarias”, la Ley de Control Parlamentario asumía la reglamentación de otros tres tópicos en los cuales la Constitución de 1979 preveía el trámite de “dar cuenta al Congreso”: los decretos legislativos, los regímenes de excepción y los convenios internacionales (distinguidos de los tratados, tal como el *agreement* norteamericano). Aquí abordaremos el análisis del primer capítulo (artículos 3 al 12 de los treinticuatro artículos que configuran la ley), referido a la reglamentación de los decretos supremos con fuerza de ley que se expedían, ordinariamente, al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución. Expongamos, en primer término, el mecanismo ideado para ejercer el control de las “medidas extraordinarias” y luego procedamos a examinarlo.

1. El mecanismo de control.

Las “medidas extraordinarias”, reconocidas también como “disposiciones”, asumen el nombre oficial de “decretos supremos extraordinarios” con lo cual se subraya su carácter de decreto supremo **no reglamentario**, susceptible de tener fuerza y efectos de ley. Se les obliga a adoptar una numeración propia, a fin de distinguirse de los decretos supremos ordinarios. El mecanismo de control, expuesto de acuerdo a los pasos mínimos que refleja el decreto de urgencia en el Derecho Constitucional Comparado (circunstancia, procedimiento de expedición y convalidación parlamentaria), fue establecido de la siguiente manera:

1.1 Circunstancia.- Los decretos supremos extraordinarios (DSE) se fundamentan en la “urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyos efectos o el riesgo inminente que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas”. Estas circunstancias deben “quedar expresadas en los considerandos del decreto”. El DSE tendrá una parte considerativa y otra resolutive. En la parte considerativa -bajo sanción de nulidad- se expondrá con “suficiencia y precisión” aquellos “hechos de orden económico y financiero y los fundamentos jurídicos que motivan las medidas extraordinarias”. A fin de evitar laxitudes interpretativas del ámbito económico-

financiero se precisan cinco ámbitos fundamentales en que se puede acudir al dictado de estos DSE:

- a) Para reestructurar los gastos del Gobierno Central y las empresas del Estado, establecidas en la Ley de Presupuesto, “siempre que las disposiciones presupuestarias no impidan la aplicación de las medidas extraordinarias”.
- b) Para modificar o suspender tributos “en forma temporal”.
- c) Para disponer “operaciones de emergencia” en materia de endeudamiento externo o interno.
- d) Para proveer de recursos financieros al Estado “destinados a la atención y satisfacción impostergable de necesidades públicas”.
- e) Para intervenir la actividad económica “de conformidad con el artículo 132 de la Constitución Política”.

1.2 Procedimiento.- Son aprobados por el Consejo de Ministros y refrendados por el Presidente del Consejo. A las veinticuatro horas de su publicación, el Presidente de la República dará cuenta “por escrito” al Presidente del Congreso o al de la Comisión Permanente, “adjuntando copia del referido decreto”. El incumplimiento de este trámite por el Presidente de la República no impide ejercer el control parlamentario previsto en esta ley.

1.3 Convalidación.- Cumplido el trámite presidencial, el Presidente del Congreso (o de la Comisión Permanente) lo remite a las Comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas de ambas cámaras, quienes emiten dictamen “en el plazo improrrogable de quince días”. Este dictamen incluye el examen de las “razones de interés nacional” y de los requisitos formales previstos: considerandos y ámbito económico-financiero. Si no cumple los requisitos y/o el marco normativo previsto, recomiendan al Congreso (o a la Comisión Permanente) que “se deje sin efecto” el DSE. El pronunciamiento del Congreso (o de la Comisión Permanente) se traduce en un acuerdo (dejándolo sin efecto). El DSE pierde vigencia al día siguiente de la publicación del acuerdo en el Diario Oficial.

No obstante, esta Ley de Control Parlamentario reconoce una vigencia temporal de seis meses (como máximo) a los DSE, que debe estar “expresamente señalado en su texto”. El dictamen se produce, por tanto, **sólo en caso de no cumplir los requisitos formales y materiales mencionados**. De cumplirlos, el Congreso no se pronuncia, y el DSE tendrá vigencia por seis

(30) La interpretación parcial iniciada con Rodríguez Pastor desemboca en esta observación presidencial de Fujimori, aunque con argumentos poco jurídicos y sumamente discutibles. Sostenía Fujimori, por ejemplo, que esta reglamentación del inciso 20 “significaría desconocer el principio de división de los poderes del Estado y la atribución específica de competencias que la Constitución establece para cada uno de los órganos del Estado”, y otros argumentos por el estilo. Las observaciones fueron publicadas en “El Peruano”, jueves 9 de enero de 1992, pág. A-4.

meses, o por el tiempo -menor a seis meses- que la parte considerativa del decreto establezca.

2. Examen del mecanismo de control.

Más allá de las diferencias que podamos trazar entre las "medidas extraordinarias" y los decretos de urgencia, la reglamentación del inciso 20 iba dirigida - como decíamos- a complementar la parcial versión de estas "medidas" como decreto de urgencia, establecidas así desde la interpretación formal expuesta en su oficio por el ministro Rodríguez Pastor. Aun cuando ella era imprescindible, a fin de recomponer el equilibrio entre poderes y devolverle al Congreso su potestad legislativa, encontramos sumamente defectuosa la reglamentación contenida en la Ley 25397. Su estudio nos sugiere las siguientes observaciones:

2.1 La denominación.- Acertada denominación la de "decretos supremos extraordinarios". El decreto de urgencia es formalmente un decreto, aunque tiene fuerza de ley. Conservar la expresión "decretos supremos" era preferible a optar por la fórmula española de "decretos-leyes" (considerada en la ponencia del PPC en la Asamblea Constituyente), cuya tradición en nuestra historia normativa está asociada con regímenes dictatoriales y se presta a enorme confusión respecto a su condición jerárquica, máxime cuando hay otros "decretos-leyes" que conservan su vigencia en nuestro sistema normativo. Es preferible también a la expresión "Decretos Presidenciales de Urgencia", planteada por algunos autores, que puede definir la actividad legislativa unilateral que rigió previamente a la reglamentación, pero no es exacta -aunque sea atribución presidencial- cuando se somete a deliberación del Consejo de Ministros y a revisión parlamentaria.

2.2 La alusión al artículo 132.- Tal como lo ha señalado Eguiguren -en un evento organizado por el Colegio de Abogados luego de promulgarse la Ley 25397- aquí se ha concedido una interpretación extensiva -y muy peligrosa- al artículo 132 de la Constitución, aquél que establece lo siguiente: "En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario". Aunque coincida este artículo con el inciso 20 en la previsión de "medidas transitorias de carácter extraordinario", no admite equivalencia entre la atribución presidencial (artículo 211) y la genérica referencia al "Estado", cuya expresión normativa máxima es la ley. Tampoco hay equivalencia entre los "casos de urgencia" y la figura de la "emergencia económica", aquí regulada. La Ley 25397 equipara ambas figuras como si el artículo 132 fuese una atribución presidencial. El precedente del artículo 132 está en los artículos 40 y 49 de la Constitución de 1933, a los

cuales nos referimos al examinar la genealogía de las "medidas extraordinarias" en el Perú. Como en esos casos, debió establecerse como procedimiento la autorización legislativa a solicitud del Gobierno.

2.3 La transitoriedad.- El plazo de vigencia de seis meses (máximo) para un decreto supremo "extraordinario" es exagerado. Rompe el sentido de la expedición "urgente", cuya transitoriedad se explica por la imposibilidad de someter la norma legal a deliberación previa del Parlamento. Seis meses no justifican su vigencia como "decreto" (con fuerza de ley) si es que se ha contemplado un inmediato procedimiento de revisión por el Congreso. La transitoriedad del decreto es la distancia que media entre su expedición y su convalidación o derogación por el Parlamento y su vigencia se encuentra condicionada a este mecanismo de pronunciamiento por el Parlamento. La flexibilidad del control parlamentario previsto en esta ley explica esta inconsistencia.

2.4 La convalidación.- No es apropiado denominar "convalidación" al procedimiento de revisión establecido en la Ley 25397. Es sólo un control formal (requisitos) de la parte considerativa. La derogación de un decreto de urgencia no sólo significa su inadecuación a los requisitos previstos, sino la probabilidad de que la situación "extraordinaria" haya caducado. La convalidación es la conversión en ley del decreto (transitorio) o, en su caso, su expresa ratificación como norma con fuerza de ley. La Ley 25397 sólo contempla un tipo de pronunciamiento -el acuerdo de derogación, dejando sin efecto el DSE- en caso de no cumplir los requisitos que la propia ley establece. A diferencia del caso italiano o brasileño, en los cuales la ausencia de pronunciamiento parlamentario conlleva la pérdida de eficacia del decreto de urgencia desde su publicación, aquí, la falta de pronunciamiento se entiende como un consentimiento a la presencia temporal del DSE. Este procedimiento es poco riguroso para una "medida extraordinaria" que ha dado lugar a un evidente abuso del Ejecutivo, usurpando deliberadamente atribuciones legislativas del Parlamento. Comprobaremos las consecuencias de este débil control al examinar la aplicación que tuvo esta ley al entrar en vigor.

2.5 La comisión revisora.- Por algún error en la redacción final de la ley, se establece una doble versión respecto a la comisión encargada de dictaminar -o no sobre el DSE. El artículo 10 de la ley menciona a "las Comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas de ambas Cámaras", mientras que el artículo 11 se refiere a una "Comisión Mixta Especial" respecto a la cual no hay otra mención en el texto final. Por la aplicación que tuvo, deducimos que primó el criterio favorable al artículo 10, en virtud del cual ambas comisiones por separado -Cámara de Diputados y Senado- estudian si el DSE cumple los requisitos. Engorroso trámite que

puede diluirse innecesariamente en un pronunciamiento contrario en ambas comisiones. La fórmula de la Comisión Mixta Especial (tal como funciona en el bicameralismo brasileño para revisar las “medidas provisorias”), conformada por miembros de ambas cámaras, evita actitudes contradictorias (que derivan innecesariamente hasta el pleno) y resulta más expeditivo, acorde con la urgencia que tiene el propio Parlamento de estudiar el DSE.

2.6 La Comisión Permanente.- Durante el receso de la legislatura, la Comisión Permanente asume las funciones del Congreso, resolviendo en torno al dictamen y pronunciándose como tal, como Comisión Permanente. Lo habitual del decreto de urgencia es la inmediata convocatoria a Legislatura Extraordinaria por parte del Gobierno. Aunque es discutible asignarle esta atribución a la Comisión Permanente, en principio nos parece positivo optar por este procedimiento expeditivo. No obstante, no hay que olvidar que la obligación de convocar a Legislatura Extraordinaria recuerda al Gobierno que esta atribución es excepcional. Tiene, pues, un efecto preventivo complementario que no hay que desdeñar con tanta facilidad.

No podemos abandonar el examen de la Ley 25397 sin hacer alguna mención al ámbito económico-financiero tratado como contenido material de los DSE, en particular a la denominada “creación temporal” de tributos. Este es un aspecto sumamente grave, máxime cuando es función de todo Parlamento garantizar el principio de legalidad en materia tributaria. Además, el tenor del párrafo primero del artículo 139 de la Constitución sostiene, sin ambigüedades, que: “**Sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos...**”. No es -siquiera- una imprecisa referencia a la ley, que pueda interpretarse como “ley material” (norma con fuerza de ley sin emanar del Congreso), sino que establece que para crear, modificar o suprimir tributos se necesita **ley expresa**. El propio Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada), promulgado por el Gobierno de Fujimori el 13 de noviembre de 1991, admite, en su artículo 14 que “**la creación, modificación y supresión de tributos, así como la concesión de exoneraciones y otros beneficios tributarios (...) deben ser hechas por ley del Congreso de acuerdo a lo establecido en el presente artículo**”⁽³¹⁾. La revisión del uso arbitrario de estas “medidas extraordinarias” a lo largo de los doce años exige tomar una actitud más prudente ante la liberalidad del Gobierno de alterar, mes a mes, el paquete

tributario, afectando unilateralmente el bolsillo ciudadano y generando una permanente inseguridad jurídica. La aplicación de la Ley 25397 -según lo revisaremos a continuación- nos permitirá comprobar cuán grave resulta dejar abierta esta válvula tributaria “temporal” como atribución del Presidente de la República.

3. Aplicación del mecanismo de control.

El primer DSE fue publicado el miércoles 26 de febrero en el Diario “El Peruano”. Suspendía “transitoriamente”, por espacio de seis meses (hasta el 31 de agosto de 1992, según fecha expresa), el régimen tributario establecido en los artículos 43 y 44 del Decreto Legislativo 666 para “empresas industriales ubicadas en zonas descentralizadas”. Fue el primero en cuanto a su numeración (DSE-1-PCM/92) pero no el único en aparecer aquel día. Lo acompañaba el DSE-2-PCM/92, que también alteraba el Decreto Legislativo 666, sustituyendo el Apéndice II de esta norma que establecía exoneraciones al Impuesto General a las Ventas por una nueva lista -un nuevo Apéndice II- dejando sin efecto varias exoneraciones. Aquel 26 de febrero podía predecirse no sólo la avalancha tributaria que vendría por la vía de los “decretos supremos extraordinarios” sino la apelación exhaustiva que sufriría el inciso 20, aun a pesar de los procedimientos establecidos en la Ley de Control Parlamentario. En efecto, entre el 26 de febrero y el 5 de abril, en un periodo ligeramente superior a un mes, fue expedida la **inaceptable cantidad de treinta y dos decretos supremos extraordinarios**. Pero, no nos limitemos a constatar la cantidad expedida. Para efectos de este trabajo es necesario abordar la naturaleza de esos DSE.

3.1 Expedición de los decretos supremos extraordinarios.

A fin de tener una idea aproximada de la naturaleza de estos DSE, y de su indudable gravedad, revisemos los primeros **once decretos**, que fueron expedidos **en menos de una semana**. Ellos fueron:

- a) DSE 001-PCM/92.- Suspende beneficios tributarios para empresas industriales descentralizadas; faculta a deducir el 15% del impuesto bruto correspondiente a operaciones del mes (con cargo a la cuenta del IGV) y deducir del monto restante el crédito fiscal para establecer el impuesto a pagar.
- b) DSE 002-PCM/92.- Suspende la exoneración del

(31) El título II del mencionado Decreto Legislativo es el siguiente: “De la estabilidad jurídica del régimen económico”. El título III (donde se incorpora el artículo 14) es el siguiente: “De la seguridad jurídica de las inversiones en materia tributaria”. El mencionado decreto legislativo lleva la firma, entre otros, de los ministros Carlos Boloña y Jaime Yoshiyama.

IGV a servicios de transporte, carga, mudanza y mensajería que se realicen desde y hacia la selva; a los servicios de aeropuerto prestados a los pasajeros; al servicio de suministro de energía eléctrica para el consumo doméstico que exceda los 100 kwh-mes; al servicio de suministro de agua potable para consumo doméstico superior a los 20 mts.³; y a los servicios de comisión mercantil prestados en relación con la venta de bienes, contratos de construcción o prestación de servicios, inafectos o exonerados. Publicado el miércoles 26 de febrero de 1992.

c) DSE 003-PCM/92.- Establece que el Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) se aplicará a los intereses generados entre el 1° de marzo y el 31 de agosto, aun cuando sean abonados con posterioridad, y exoneran del ISC a los intereses que generen los depósitos del CTS y del IPSS.

d) DSE 004-PCM/92.- Establece que no están gravados con el IGV la venta de bienes, contratos de construcción y prestación de servicios, excepto el arrendamiento y subarrendamiento de bienes inmuebles. Además establece en cincuenta mil nuevos soles el monto de ventas o ingresos de los contribuyentes comprendidos en el régimen simplificado del IGV, que antes era de cien UIT. Publicado el jueves 27 de Febrero de 1992.

e) DSE 005-PCM/92.- Suspende beneficios tributarios y exoneraciones del IGV y del ISC, incorporando como contribuyentes a las empresas industriales ubicadas en zona de selva y de frontera, exceptuando zonas francas y zonas de tratamiento especial. También suspende la exoneración del pago del ISC a las importaciones que realicen universidades y centros educativos, diplomáticos extranjeros, al petróleo residual N° 6 (utilizado para su transformación por empresas petroquímicas) y a la venta de petróleo a empresas filiales y concesionarias regionales de Electro Perú (servicio de electricidad). Este DSE fue promulgado por el Primer Vice-presidente, Máximo San Román. Publicado el jueves 27 de Febrero de 1992.

f) DSE 006-PCM/92.- El Ejecutivo incrementó las tasas del ISC a diversos productos y servicios contenidos en los apéndices IV y V del Decreto Legislativo 666: extractos concentrados para la elaboración de bebidas acondicionadas y bebidas instantáneas. Incrementó la tasa del ISC para las gaseosas de 30 a 50%. De las cervezas de 50 a 75%. De 35 a 40% los ingresos por servicio de cables, telex y telefonía de larga distancia y de 20 a 40% la local. Incrementa de 10 a 50% a los ingresos percibidos por las compañías de seguros por concepto de primas, intereses y comisiones derivadas de sus operaciones. Publicado el jueves 27 de febrero de 1992.

g) DSE 007-PCM/92.- Suspende "temporalmente" la exoneración del pago del IGV en la venta (o importa-

ción) de animales vivos, carnes y despojos comestibles, pescados, crustáceos y moluscos, leche cruda, legumbres, huevos de ave, plantas, raíces y tubérculos alimenticios, arroz, café crudo, semillas oleaginosas, cacao en grano, etc. Publicado el viernes 28 de febrero de 1992.

h) DSE 008-PCM/92.- Incrementa en tres puntos porcentuales la contribución al FONAVI a cargo del empleador. Publicado el viernes 28 de febrero de 1992.

i) DSE 009-PCM/92.- Incrementó "temporalmente" la tasa del IGV de 14 a 16%, con lo cual, sumado el 2% del Impuesto de Promoción Municipal, hace una tasa total de IGV de 18%. Publicado el sábado 29 de febrero de 1992.

j) DSE 010-PCM/92.- Modifica "temporalmente" la Ley del Impuesto a la Renta, estableciendo el pago del 37% de impuesto a los intereses derivados de créditos externos. Publicado el sábado 29 de febrero del 1992.

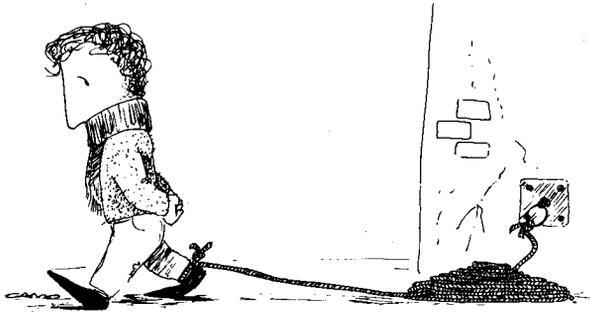
k) DSE 011-PCM/92.- Suspende el artículo 5 de la Ley de Emergencia Agraria (promulgada por el Congreso sólo unos días antes). Promulga este decreto el Primer Vice-presidente Máximo San Román, quien a la vez es miembro del Senado de la República.

3.2 Análisis de los decretos supremos extraordinarios.

Estos once DSE son sólo una muestra de la evidente precipitación con que fue dictado el total de treinta y dos DSE por el Ejecutivo, alterando reglas de juego previamente establecidas, particularmente las de carácter tributario, y generando una clamorosa situación de incertidumbre jurídica, ante la cual la ciudadanía no sabe cómo reaccionar. Véase que, en sólo tres días (26 al 28 de febrero), ya hay expedidos ocho DSE, cada uno de los cuales conlleva varias modificaciones y alteraciones de las reglas tributarias. He ahí la importancia de incorporar un control muy estricto a este tipo de decretos a fin de evitar la tentación de dictar medidas tan arbitrarias y antojadizas como éstas. Si, por ejemplo, al igual que en Brasil o Italia, este tipo de decretos pierde eficacia desde su publicación si no son consentidos o avalados por el Parlamento, el Gobierno tendrá mayor freno y cautela al utilizar este recurso. La inoperancia del control establecido en la Ley 25397 queda al descubierto. Aun así, antes de examinar el control que desarrolló el Congreso con estos treinta y dos DSE, hay necesidad de realizar algunas observaciones puntuales sobre estas medidas:

a) La mayoría de estos treinta y dos DSE modifica normas legales dictadas por el propio Gobierno, lo cual revela un **flagrante caso de imprevisión normativa**. Por ejemplo, cuatro de estos DSE (001,002,006 y 007) modifican las reglas tributarias establecidas por el Decreto Legislativo 666 expedido por el Gobierno unos meses antes, en setiembre de 1991.

b) Se modifica los propios DSE. Inadmisibles, porque ni siquiera fueron sometidos al control parlamentario. Cuestiona la "urgencia" de estas medidas y es otro ejemplo de imprevisión normativa, máxime cuando son dictados para regir "temporalmente" por seis meses. El DSE 017 publicado el 14 de marzo, modificó el DSE 007 expedido el 28 de febrero para regir por seis meses. También el DSE 002 publicado el 26 de marzo, modificó el DSE 005 expedido el 27 de febrero.



c) Se repite aquí el grave problema de la modificación tributaria por la vía del decreto, vulnerando el principio de legalidad tributaria reconocido en el Decreto Legislativo 757, promulgado (por el propio Gobierno) el 13 de noviembre de 1991. La mayor parte de estos DSE son modificaciones tributarias en las cuales no se justifica la **circunstancia** que la doctrina entiende como "extraordinaria y urgente necesidad". Si el Gobierno tenía previsto **imponer** un paquete de reformas tributarias, tranquilamente debió convocar a **Legislatura Extraordinaria** para debatir estas modificaciones en un plazo máximo de quince días, sin sorprender a la ciudadanía, que es finalmente la afectada por estos decretos.

d) Algunos DSE son firmados por Máximo San Román, Primer Vice-presidente de la República. Esos DSE son **nullos de pleno derecho**. Puede haber duda sobre el carácter de la atribución presidencial, pero no puede dudarse que es atribución presidencial. El vice-presidente, en el mejor de los casos, se encarga del Despacho Presidencial y de ningún modo asume atribuciones como Jefe de Gobierno.

3.3 Control de los decretos supremos extraordinarios.

Con la expedición del DSE se inicia el procedimiento de control parlamentario, con su remisión ("dar cuenta") por escrito al Congreso a las veinticuatro horas de haberse expedido. El primer y segundo DSE publicados el miércoles 26 de febrero fueron remitidos al Congreso el viernes 28. Ese día, sin embargo, "El Peruano" publicaba otros DSE más (hasta el DSE 008). Ambas Comisiones de Constitución -en el Senado y en la Cámara de Diputados- se pusieron en marcha. La Presidenta de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, Lourdes Flores, expresó que había intención de lograr acuerdo entre las comisiones de ambas cámaras para emitir un dictamen conjunto ("Gestión", 2 de marzo, pág. 3). Era la misma opinión de Luis Alberto Sánchez, Presidente de la Comisión de Constitución del Senado. Inicialmente pensaban ambas comisiones emitir dictamen conjunto el viernes 6 de marzo, de conformidad con el plazo máximo de quince días que establece la Ley 25397. En la Comisión del Senado (Bernales, Borea, Bustamante Belaunde, etc.) había consenso inicial en dejar sin efecto los DSE referidos a las primas de seguros (elevando el ISC al 50%), al agua, luz y teléfono, y el que eleva el IGV global al 18%: los DSE 006 y 007 (como mínimo). A esas alturas (miércoles 4 de marzo), "El Peruano" continúa publicando nuevos decretos supremos extraordinarios, impidiendo una evaluación global de las medidas adoptadas. Al mismo tiempo, se producen algunas divergencias al interior de las comisiones, en particular en el Senado. El 19 de marzo -fíjese el lector en el tiempo transcurrido- la Comisión de Constitución de Diputados logra preparar un borrador de dictamen, incluyendo los últimos DSE expedidos. Hay varios dictámenes, en verdad. Uno en consenso, recomendando dejar sin efecto los DSE 001, 007, 011 y 017. Otro en mayoría, recomendando dejar sin efecto -también- los DSE 002, 004, 006 y 009. Y el de minoría (donde se encuentra la propia Presidenta de la Comisión), que proponía dejar vigentes los decretos supremos extraordinarios hasta el 30 de abril, fecha límite en que se esperaba que el Ejecutivo envíe proyectos de ley al Congreso para regularizar dichos decretos. En el Senado, la Comisión de Constitución proponía dejar sin efecto, entre otros, los DSE 001 y 005, que obtuvieron cierto consenso entre sus miembros.

Pero la redacción de un dictamen conjunto -si es que era factible lograrlo- se entrampó por una gruesa divergencia de índole constitucional. ¿Puede la Comisión Permanente dejar sin efectos estos DSE o tiene que aguardar y recomendarlo al Congreso, cuando éste inicie sus sesiones ordinarias el 1° de abril? Por lo que hemos podido registrar, parece que Lourdes Flores,

Presidenta de la Comisión de Constitución en la Cámara Baja, cambia su posición inicial, y señala que la Comisión Permanente no tiene esa facultad mientras no se modifique su Reglamento expresamente. En esa misma postura estaba Luis Bustamante Belaunde, miembro de la Comisión de Constitución del Senado. En cambio, otros (como los senadores Sánchez, Bernal y Borea), señalaban que sí era posible porque así lo establecía el artículo 11 de la Ley 25397 expresamente, lo cual era totalmente cierto, y nadie lo objetó al momento de aprobarse esta norma de control. Esta divergencia formal impidió llegar a un dictamen conjunto o, en todo caso, se sumó a la imposibilidad de lograr acuerdos mientras el Ejecutivo seguía expidiendo decretos supremos extraordinarios. El jueves 26 de marzo, por ejemplo, se publicaba el DSE 025-PCM/92. Así llegó el 5 de abril, sin ningún dictamen resuelto por la Comisión Permanente ni por el pleno del Congreso.

VII. LA CONDUCTA DEL CCD.

Teóricamente, desde el 1° de enero de 1993, día en que entró en funcionamiento el Congreso Constituyente Democrático (CCD), hemos vuelto a cierta normalidad constitucional. Por si quedara dudas, el mismo CCD promulgó la Ley Constitucional -publicada en "El Peruano" el sábado 9 de enero- declarando en vigencia la Constitución de 1979 en aquellos capítulos que no se contrapongan al CCD. El análisis de las "medidas extraordinarias" tiene, por tanto, que desdoblarse. En primer lugar, abordaremos el control parlamentario que realizó el CCD como Congreso ordinario -hasta el viernes 23 de abril- en cuanto que el Gobierno expidió desde enero una serie de decretos supremos extraordinarios, ateniéndose a la propia Ley 25397. En segundo término, la posición adoptada en el proyecto de Constitución sometido a referéndum.

7.1 El CCD como Congreso ordinario.

La Ley 25397, no obstante que fue observada por el presidente Fujimori, es acatada en cuanto ley. En base a ella, el Gobierno dictó desde enero, un ritmo creciente de decretos supremos extraordinarios. Hasta el viernes 23 de abril, se habían dictado cuarenta DSE. La tendencia creciente es muy visible. En enero sólo se dictó el DSE 001-PCM/92, totalmente justificable, pues autorizaba al JNE a adquirir bienes o prestación de servicios para las elecciones municipales. En febrero la cifra subió a siete DSE. En su mayor parte autorizan transferencias de partidas, esto es, modifican la Ley de Presupuesto dictada por el Gobierno en diciembre, mediante decreto-ley. Algunos de ellos son decretos totalmente írritos y nada tienen que ver con el ámbito

económico-financiero ni con el marco normativo previsto por la Ley 25397. Es el caso, por ejemplo, del DSE 006 publicado el 8 de febrero, aplicado a la regulación de pasajes y pases libres en servicios de transporte. En marzo la cifra se eleva a diecisiete decretos supremos extraordinarios. Algunos de ellos -como el DSE 018-PCM/92- amplían la vigencia de decretos-leyes dictados luego del 5 de abril. Durante abril -hasta el viernes 23- se llevaban dictados quince decretos supremos extraordinarios, que es exactamente igual al número de días laborables que lleva el mes. El último decreto (040), autoriza a contratar empresas publicitarias sin licitación por un monto de dos millones de nuevos soles. ¿Es este un caso de "extraordinaria y urgente necesidad"? Claro que no. Aunque hay, como vemos, referencia legal al control parlamentario y explícita mención del "dar cuenta al Congreso", cumpliendo con el tenor de la Ley 25397, la figura del "decreto supremo extraordinario" sirve hoy -como antes- para permitir que el Gobierno legisle arbitrariamente, por la vía del decreto.

Lo grave en esta oportunidad no está, sin embargo, a nivel del Ejecutivo, sino en el propio Congreso, que ha preferido omitir el trámite de revisión y control que le encomienda la ley. No obstante que el Ejecutivo se rige formalmente por el procedimiento de expedición previsto en la Ley de Control Parlamentario, no se tiene noticia, en esos casi cuatro meses, de alguna reunión de la Comisión de Constitución destinada a revisar los requisitos o el ámbito material de los decretos supremos extraordinarios dictados. Aunque puede sostenerse que parte de la responsabilidad se deduce de haber confundido una Comisión de Constitución (que vigila el cumplimiento de la Carta vigente y materias que le son afines) con una Comisión Constituyente (que elabora una nueva Constitución), sin duda hay una gruesa omisión compartida por todos y cada uno de los miembros de la denominada Comisión de Constitución. Con su silencio, no sólo evaden una función de control que le es propia como Congreso ordinario, sino que están consintiendo que se legisle por decreto, arbitrariamente, con decretos con fuerza de ley que resultarían nulos de pleno derecho si se ejerce un mínimo control.

7.2 El CCD como Congreso Constituyente.

Dentro del título referido a la Estructura del Estado, en particular en los capítulos que definen la composición y relación entre poderes, el proyecto de Constitución del CCD, sometido a referéndum el 31 de octubre, hace mención expresa a los "decretos de urgencia" en cuatro oportunidades. Ellas son:

a) Dentro de las atribuciones del Presidente de la

República, el inciso 19 establece: "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"⁽³²⁾.

b) Al mencionar las funciones que le corresponden al Presidente del Consejo de Ministros: "Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley".

c) Dentro de las atribuciones del Consejo de Ministros: "Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley".

d) Como atribución presidencial, luego de disuelto el Congreso unicameral: "En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale".

"... el proyecto de nueva Constitución sometido a referéndum no incluye la figura del decreto de urgencia. Sólo lo menciona en cuatro oportunidades con el nítido fin de legitimar a futuro una práctica unilateral del gobierno..."

La sorpresa que surge al revisar el texto aprobado por el CCD es que no introduce ningún mecanismo de control parlamentario, no obstante la expresa alusión a los "decretos de urgencia". Extraña decisión que contraviene no sólo la preocupación que tuvo la doctrina constitucional peruana en torno al uso y abuso del inciso 20 sino a la propia figura del decreto de

urgencia, según está consagrada por el Derecho Constitucional Comparado. Si, entre 1980 y 1992, existía una interpretación parcial que justificaba este uso y abuso en la redacción del inciso 20, combatiendo su reglamentación, al elaborarse un nuevo texto constitucional no puede comprenderse fácilmente por qué se han mantenido las mismas deficiencias del texto anterior. En el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979 hay una explicación: el decreto de urgencia fue conocido, debatido y suprimido por los constituyentes. La práctica gubernamental, auxiliada por cierta interpretación literal, impuso un uso desnaturalizado del decreto de urgencia a partir de la imprecisa presencia de estas "medidas extraordinarias". Ahora, en cambio, la única explicación a mano para entender la expresa ausencia del control parlamentario es que se quiere legitimar -y "constitucionalizar"- esa práctica abusiva: la legislación por decreto del Ejecutivo.

El vínculo con el Congreso, establecido -o agregado- dentro del inciso 19 (ésta vez) del artículo que regula las atribuciones del Presidente de la República, se diluye en trámites habituales del Congreso. Es obvio que el Congreso "puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia". Es un trámite ordinario del Congreso y en ningún modo sugiere el procedimiento de revisión o convalidación parlamentaria que es propio del decreto de urgencia, ni tampoco su expreso carácter transitorio. Hay silencio deliberado en estos dos aspectos mínimos que el Derecho Constitucional reconoce al decreto de urgencia. El agregado al texto primigenio de la Carta de 1979 resulta, pues, totalmente intrascendente.

En otras dos menciones al "decreto de urgencia" (refrendación del Presidente del Consejo y aprobación por el Consejo de Ministros) se ha incorporado el trámite que corresponde a decretos con fuerza ley, ya regulado en la Ley de Control Parlamentario. No obstante, hay que remitir su precedente al uso que tuvieron las "medidas extraordinarias". En la autorización legislativa de 1968, o en los decretos supremos dictados por el Gobierno de Manuel Prado a instancias del terremoto de 1940, la aprobación de estas normas por el Consejo de Ministros resultaba un trámite consustancial a la jerarquía (provisional) de las normas a dictarse.

Mayor alarma merece, sin embargo, el tratamiento que ha recibido el "decreto de urgencia" a propósito de la disolución del Congreso. El proyecto de nueva Constitución permite, al año de gobierno, que el Ejecutivo decida por sí mismo si disuelve al Congreso

(32) El inciso 20 ha sido desdoblado en tres incisos. El inciso 17: "Administrar la hacienda pública". El inciso 18: "Negociar los empréstitos". Y el mencionado inciso 19: "Dictar medidas..." (¡Ardua labor la que han cumplido nuestros abnegados constituyentes!).

y convoca a elecciones para conformar un nuevo Parlamento. No entraremos a analizar aquí la gravedad de esta disposición sino sólo sus consecuencias alrededor de lo que este texto denomina "decreto de urgencia". Las nuevas elecciones han sido previstas "dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución". Ello significa que, entre esta disolución y la instalación del nuevo Congreso, pueden transcurrir **aproximadamente seis meses**, lo que constituye un verdadero tiempo record (en cuanto a su prolongación) si es que nos atenemos al constitucionalismo comparado. Seis meses en los cuales no habrá Congreso. En ese período -denominado "interregno parlamentario"- "el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia". Como habrá de percatarse el lector luego del extenso periplo realizado a través del decreto de necesidad y urgencia, la figura aquí consagrada no es, en propiedad, un decreto de urgencia, aunque así lo denominen. Tampoco responde a lo que la doctrina reconoce como casos de "extraordinaria y urgente necesidad". Aquí estamos, más bien, ante la conocida figura de los "decretos-leyes" peruanos, típicos de regímenes dictatoriales que prescinden del Parlamento. Su naturaleza y finalidad -así como su procedimiento- son sustancialmente diferentes.

Es importante dejar en claro este punto. En los regímenes parlamentarios, cuando el Parlamento ha sido disuelto y el Gobierno dicta un decreto de urgencia, tiene la obligación de convocar a sesiones al Parlamento disuelto. Así, por ejemplo, el artículo 77 de la Constitución de Italia dispone que el Gobierno, dentro de cinco días de dictado el decreto de urgencia, deberá convocar a las cámaras "disueltas" para que conviertan en ley -o no- el decreto. Lo mismo sucede con el artículo 86 de la Constitución de España, al señalar que estos decretos de urgencia "deberán ser inmediatamente sometidos" al Congreso de Diputados, "convocado al efecto si no estuviese reunido". Ello vale tanto para épocas de receso como para la disolución. Y es natural. De ningún modo el decreto de urgencia es un acto unilateral del Ejecutivo. En este proyecto de nueva Constitución se está facultando, en verdad, a ejercer una **dictadura temporal**, gobernando y legislando al mismo tiempo, a través de unos "decretos-leyes" (como los del régimen militar) que formalmente usurpan la identidad constitucional de los decretos de urgencia. Y las menciones adicionales al Congreso Permanente y al nuevo Congreso también son prescindibles en tanto que no establecen ningún procedimiento inmediato de revisión o convalidación del decreto de urgencia.

En conclusión: el proyecto de nueva Constitución sometido a referéndum **no incluye la figura del decreto de urgencia**. Sólo lo menciona en cuatro oportunidades con el nítido fin de legitimar a futuro una práctica unilateral del Gobierno, modificando y sus-

pendiendo leyes a través de la expedición de estos decretos.

VIII. REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A LOS DILEMAS PARA TIPIFICAR Y ADOPTAR EL DECRETO DE URGENCIA EN EL PERÚ.

En principio, pueden adoptarse tres grandes posiciones en torno a la adaptación del decreto de urgencia al Perú y su relación inicial con las "medidas extraordinarias". Ellas serían:

1. No considerar en nuestro ordenamiento constitucional ni al decreto de urgencia ni a las "medidas extraordinarias", a fin de eliminar tan peligrosa competencia legislativa al Ejecutivo peruano, que ha generado tanto abuso normativo y un evidente desequilibrio de poderes. Ello obligaría al Gobierno a apelar con mayor frecuencia a su iniciativa legislativa así como a proyectos de ley con "carácter preferente". También, por cierto, a su propia bancada parlamentaria. En cada caso, el Parlamento retomarí­a su lugar como centro de gravitación política y escenario fundamental para las deliberaciones públicas, resguardando su titularidad legislativa y un sano equilibrio entre poderes.

2. Deslindar entre "decretos de urgencia" y "medidas extraordinarias" y solamente aceptar éstas últimas, bajo una redacción similar a la del texto constitucional venezolano donde se especifique un procedimiento previo de autorización legislativa. Significaría consagrar puntualmente el precedente de 1968 (la Ley 17044) que inspiró la redacción del inciso 20, y retomar la preocupación de la Asamblea Constituyente (1978-79) por la exacerbación de facultades del Ejecutivo que podría implicar la incorporación del decreto de urgencia en el Perú, aun con un expreso procedimiento de convalidación rigurosamente establecido.

3. Integrar decretos de urgencia y "medidas extraordinarias", favoreciendo la interpretación constitucional (integral) que ha logrado cierta acogida en la doctrina constitucional peruana. Ello significaría aceptar las "medidas extraordinarias" como versión peruana del decreto de urgencia, incorporándole un mecanismo muy riguroso de convalidación a fin de frenar la costumbre gubernamental de apelar a este recurso en casos ordinarios, simplemente para echar mano de una competencia legislativa que creen propia. Nosotros nos afiliamos a esta corriente, siempre y cuando se consideren aspectos mínimos para su incorporación, que eviten ambigüedades en su interpretación y abusos en su utilización. Estos aspectos mínimos serían:

3.1 Circunstancia.- No basta el impreciso "interés nacional". Es necesario agregar la fórmula ritual que emplea la doctrina: "En caso de urgente y extraordinaria necesidad..." (como lo hace, por ejemplo, la fórmula

española). El nombre oficial de “decretos supremos extraordinarios”, adoptado en la Ley de Control Parlamentario, nos parece acertado. Hay que dejar establecida, además, su naturaleza **provisional y transitoria**.

3.2 Procedimiento.- Es preferible asumir el decreto de urgencia como **atribución del Consejo de Ministros**, a iniciativa del Presidente de la República, manteniendo la numeración y correlación propia inaugurada en febrero de 1992. Copia del decreto debe remitirse al Congreso (o, en su caso, a la Comisión Permanente) en las veinticuatro horas siguientes. Dejar en claro si la Comisión Permanente tiene facultad de revisar, convalidar o dejar sin efecto el decreto de urgencia. Caso contrario, el propio decreto supremo, en su parte resolutive, debe convocar a Legislatura Extraordinaria dentro de los cinco días siguientes.

3.3 Convalidación.- Si dentro de los quince días de

emitido el decreto de urgencia, el Parlamento no se pronuncia, pierde eficacia desde su publicación, siguiendo la fórmula brasileña e italiana. La votación será a totalidad: sí o no. En el primer caso, lo convierte en ley y señala su tiempo de permanencia. En el segundo, lo deroga expresamente.

3.4 Límites normativos.- Establecidos con suma claridad, recordando la circunstancia (exclusiva) de “extraordinaria y urgente necesidad” que puede justificar su uso. Restricción en el campo tributario. Una fórmula conciliadora podría ser distinguir tributo y exacción. La elevación, creación o modificación de tributos, realizados por decreto de urgencia, son exacciones. Preferimos, sin embargo, resguardar el principio de legalidad en materia tributaria, obligando al Ejecutivo a someter un proyecto de ley de reforma del tributo al Parlamento. ³⁴