

## Una urgencia difícil de explicar



Imagen: diario la República

### Jaime Escobedo Sánchez Centro Peruano de Estudios Sociales

Cuando un día después de su publicación, 25 de diciembre de 2009, consultaron al presidente Alan García acerca de la promulgación del Decreto de Urgencia 121-2009 (DU), que declaró “de necesidad nacional y de ejecución prioritaria” en el año 2010, el proyecto especial Majes-Siguas y el proyecto Chavimochic, entre otros, el mandatario sostuvo:

Ese decreto sólo prorroga otro que fue promulgado por el gobierno en 2008<sup>1</sup> y con el doctor (Luís) Carranza. Son los mismos proyectos que fueron

acelerados porque estábamos en crisis. Hemos llegado a fin de año y hay que renovarlo (*Peru21*, 25/12/2009).

Es interesante destacar un aspecto relevante de la declaración de García: “Son los mismos proyectos que fueron acelerados porque estábamos en crisis”, pues introduce al debate un asunto fundamental: ¿fue acaso el DU el instrumento idóneo para priorizar ambos proyectos de inversión en el 2010?

¿Cuándo se justifica un decreto de urgencia?

Según el artículo 118 de la Constitución, los DU son medidas extraordinarias, de carácter económico y financiero, que puede dictar el

<sup>1</sup> Se refiere al decreto de urgencia 047-2008

Presidente de la República cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. Eventualmente, éste puede modificarlos o derogarlos.

Tratándose del DU 121-2009, ¿puede afirmarse que se trata de una medida extraordinaria?, ¿está en juego el interés nacional?, ¿involucra materia económica y financiera?

Responder a las dos primeras interrogantes exige enfocar la mirada en aspectos exógenos a la propia norma, es decir, evaluar las circunstancias externas, el contexto en que se dictó; la última, en cambio, amerita un análisis endógeno o de contenido del propio decreto.

A propósito de ese tema, el Tribunal Constitucional<sup>2</sup> (TC) afirma que esclarecer si determinadas circunstancias fácticas justifican o no, la promulgación de un decreto de urgencia, exige evaluar su correspondencia con los siguientes criterios:

- *Excepcionalidad:* La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles.
- *Necesidad:* Las circunstancias deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la expedición de una ley por parte del Congreso, pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- *Transitoriedad:* Las medidas extraordinarias no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

---

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional. Sentencias recaídas en los expedientes 708-2005-PA/TC y 008-2003-AI/TC

- *Conexidad:* Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes.
- *Generalidad:* Debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta.

¿Fueron excepcionales, necesarias, transitorias y conexas las circunstancias que justificaron la expedición del DU 121-2009, a fines de diciembre de 2009?

La declaración de García citada más arriba reconoce que en el 2008 había crisis económica - que efectivamente afectó a un sinnúmero de países durante ese año y el siguiente - y que cuando se renueva el DU a fines del 2009 ya el Perú no estaba en crisis, pues esta había sido superada<sup>3</sup>.

Las circunstancias en las que se promulgó el DU 047-2008, a mediados de diciembre de 2008, podría haber alentado a algunos interesados a sustentar la excepcionalidad, necesidad, transitoriedad y conexidad de esa medida. Pero las circunstancias un año después, cuando se publica el DU 121-2009, a meses de afirmarse superada la coyuntura adversa que significó la crisis, eran enteramente otras. Pudo bien haber sido discutido y aprobado, vía ley, por el Congreso de la República.

Podría especularse que el interés nacional exigía la aprobación de esta medida. ¿Es esta una razón válida? A fin de cuentas, ¿qué es interés nacional?

---

<sup>3</sup> Declaraciones del presidente García en la cumbre de pequeñas y medianas empresas (Pymes), del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico 2009 (APEC), el 09 de septiembre de 2009; y durante la inauguración de la nueva sede de la Universidad Tecnológica del Perú, tres días después.

Interés nacional, al igual que bienestar general, moral y buenas costumbres, etc., forma parte de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”. Como tal, su definición ha propiciado, aún hoy, frecuentes debates. Válidamente se ha sostenido que los intereses de una nación son tantos, tan diversos y con tan variados grados de importancia, que resulta utópico expresarlos a través de un concepto preciso. Con todo, la evolución histórica del término parece apuntar a que se trataría de lo opuesto a los intereses particulares. Tentativamente podría afirmarse entonces que, interés nacional alude al interés o bienestar general que el Estado debe procurar con su acción, y no así a los intereses particulares de un determinado grupo.

Así parece haberlo entendido también el Tribunal Constitucional cuando afirma que interés nacional: “(...) quiere decir que los beneficios que depara la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad<sup>4</sup>”.

Propuesta una definición tan amplia ¿exigía el interés nacional la promulgación del DU 121-2009?

Revisando los considerandos del decreto en cuestión, uno advierte que su justificación radica en la conveniencia de la promoción de la inversión privada de proyectos y asociaciones público privadas pues, en opinión del gobierno, “han demostrado ser mecanismos dinamizadores de la economía nacional por su alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país”.

No es objeto de este artículo discutir si la orientación económica que subyace

en la afirmación del gobierno es, o no, exacta. Se trata más bien de evaluar si bajo el ropaje del decreto de urgencia pretenden cobijarse los más particulares intereses sectoriales, y no así los generales de la nación.

Pues bien, si uno pone atención al hecho de que los beneficiarios directos de la norma son los inversionistas y, sólo de modo indirecto, la nación por la expectativa de empleo, embarga la duda acerca de que el interés nacional haya reclamado esta medida.

Como aspecto final resta evaluar si del tenor del decreto de urgencia se puede concluir que involucra materia económica o financiera como lo exige la Constitución. A continuación una síntesis de sus principales medidas:

- Autoriza que la viabilidad de los proyectos priorizados pueda ser otorgada con estudios a nivel de prefectibilidad.
- Limita la actuación de los organismos reguladores y la Contraloría General de la República.
- Exceptúa el requisito de obtención de certificaciones ambientales para el otorgamiento de autorizaciones administrativas.
- Facilita la transferencia de terrenos estatales a favor de los proyectos.
- Legitima la imposición de servidumbres.
- Facilita la continuación de procedimientos de expropiación de inmuebles privados, adyacentes o necesarios para la ejecución de los proyectos.

¿Son estas medidas de índole económica o financiera? Si uno conviene con el TC que por medidas económicas o financieras deben

---

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 008-2003-AI/TC. Fundamento jurídico 60,d).

entenderse aquellas que inciden en el mercado<sup>5</sup>, debe concluir que, salvo la última, las otras medidas son ajenas a dichas materias.

### **Conclusión:**

Un análisis de contenido y de contexto del DU 121-2009, permite sustentar válidamente la inconstitucionalidad de la medida. A las preguntas iniciales: ¿puede afirmarse que se trata de una medida extraordinaria?, este artículo respondió que no. ¿Estaba en juego el interés nacional? Hay fundadas dudas al respecto. ¿Involucra materia económica y financiera? No parece advertirse ello por la naturaleza de las medidas.

---

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 008-2003-AI/TC. Fundamento jurídico 59.